HUGONIS DONELLI
OPERA OMNIA

TOMUS UNDECIMUS.

HUGONIS
DONELLI

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS

OPERA OMNIA

TOMUS UNDECIMUS

ET

COMMENTARIORUM IN SELECTOS QUOSDAM TITULOS DIGESTORUM

VOLUMEN SECUNDUM

ACCEDUNT CASTIGATIONES THEOLOGICÆ

FLORENTIÆ
AD SIGNUM CLIUS
MDCCCXLVII.

ILLUSTRISSIMO ET POTENTISSIMO PRINCIPI

AC DOMINO, DOMINO

WILHELMO LANDGRAVIO HASSIÆ,

COMITI IN CATZENELBOGEN, DIETZ, ZIEGENHAIN, ET NIDDA, ETC.

DOMINO SUO CLEMENTISSIMO.

Mirabitur fortasse aliquis, Illustrissime Princeps, quid sit, cur ego, qui non solum aliis rebus existimor C. T. extraneus, sed etiam ita vixi, ut ne de facie quidem tibi antea sim notus: instituam tamen C. T. offerre meas cogitationes, et illustrissimo nomini tuo inscriptas in publicum dare. Et poterat merito novum, atque adeo insolens videri, si de eo ex aliena notitia potius, quam scribentis: ex hujus conditione potius quam ex officio judicaretur. Sed parum refert, notus sit, an ignotus, qui scribit, si ad quem scribitur, is est notissimus: multoque minus ad rem pertinet conditio personæ, si quis quid debet, et in eo sua præstatione defungitur. Quorum utrumque in hac re mihi accidit. Ego ignotus C. T. at non tu item, Illustrissime Princeps, scribenti ignotus. Privati, ut est conditio, latere possunt: summorum Principum vita in hoc veluti theatro totius orbis collocata in oscuro esse non potest: cumque se inde longe lateque spectandam præbeat, a summis pariter et infimis illorum facta gestaque conspiciantur, necesse est: Illustrium præsertim et præstantium, quorum virtus et spendor varie emicans ultro in oculos etiam nec cogitantium incurrit. Quis autem inter summos et claros Principes te hodie vivit illustrior? Et ego, quem Deus Heidelbergæ, id est, ab ista luce non procul, aliquot jam annos consistere voluit, virtutem illam jampridem tacitus observo. Quod si vel summi Principes latere, vel eorum vita privatos omnes fugere posset: non ideo tamen privati, cujuscunque generis sint, bonis et sapientibus Principibus nihil debent. Quæretur igitur, quid ego, quid alii ignoti, et maxime exteri illis debeant. Quæratur potius, quid his omnes omnium ordinum homines quamvis remotissimi non debeant. Etenim illa non magis splendida per se, quam salutaris bonorum Principum virtus nullis certis locis, nullis finibus inclusa est, ad summos et infimos, ad ignotos æque ac notos, ad exteros

æque atque cives et populares permeat, omnesque suis meritis complectitur. Quia enim boni Principes divinitus docti intelligunt se a Deo constitutos esse, quo in rerum maximarum gubernatione Dei gloriæ serviant primum, de inde aliorum soluti et commodis serviant: eo fit, ut in his duabus rebus præcipue occupeutur, ad easque obtinendas omnia consilia, studia omnia, opes, potentiam conferant. Hinc illis prima cura de gloria Dei quam longissime propaganda. Quæ quia in hujus vera cognitione atque cultu posita est, quorum utrumque ex verbo Dei et salutis doctrina petitur: ideo ante omnia dant operam, ut hæc ipsa cognitio, atque hic cultus in suis ditionibus inde, unde oportet, pure fideliterque sanciatur, Dei per se sanctum nomen recte audiat, invocetur, laudetur, celebretur. Quod beneficium in genere humano quale sit et quantum, quæri non oportet. Est enim illud, non solum quo nullum est majus, sed etiam quod quale sit, ne cogitari quidem potest. In hoc enim salus est hominum sita omnis; hoc uno æterna et beata vita continetur. Neque vero beneficium est eorum tantum, qui sunt ejusdem regionis. Si Dei gloria filios Dei attingit, eamque illi recte suam putant: necesse est, quicunque usquam nomen Dei invocant, eique serviunt, ad eos omnes hoc beneficium pertineat. Quamquam et ad aliorum salutem non minus hoc quoque pertinet. Etsi enim ita sunt regna et imperia distincta, ut Principes in exteros populos nihil juris habeant: tamen in suis quique ditionibus veritatis doctrinam sancte ac religiose statuendo perficiunt, ut illinc bonorum et fidelium cum pastorum tum doctorum voces etiam apud nationes quam longissime dissitas a piis et fidelibus exaudiantur: quibus excitati atque eruditi ingrediantur et ipsi eandem salutis viam, unde et ad eandem æternam vitam tandem beati perducantur. Quam laudem permultis præstantibus atque optimis Germaniæ Principibus memoria nostra contigisse scimus. Hæc eadem cogitatio, et magnorum atque excelsorum animorum divina vis bonorum Principum mentibus a Deo insita facit, ut iidem in hominum juvandorum studio non de paucis quibusdam, aut etiam de subditis tantum, sed de omnium quamvis alienorum, non tantum Principum, sed etiam privatorum commodis et utilitatihus cogitent, nec quidquam putent beatius, quam non dico multis, sed omnibus prodesse; quod et omni clementiæ, humanitatis, benignitatis genere consequi student. Quamquam autem fieri non potest, ut ad omnes homines hæc beneficientia recta perveniat: tamen et illustri exemplo ad idem imitandum provocant Principes alios, et bonis, quibus possunt, benefaciendo hoc assequuntur, ut vel hoc nomine omnes pii, qui ubique sunt, se illis eadem omnia debere agnoscant. Est enim una quædam cognatio inter homines, sed maxime inter bonos et pios a Deo constituta, qua fit, ut quod uni præstitum est, id omnes in se collocatum existiment. Dici igitur non potest, quod supra posueram, quid quan-

tumque bonis et salutaribus Principibus ab omnibus debeatur. Si in ullis Principibus ingentia hæc Dei dona exstiterunt, quales et multi fuerunt antea, et nunc sunt: quæ in cæteris magna et præclara vere dici possunt, hæc in te, Illustrissime Princeps, omnium prædicatione summa sunt, et prope singularia: pietatis illius veræ studium, Reip. recte regendæ atque administrandæ cura, pacis ac tranquillitatis publicæ amor, erga subditos caritas, erga afflictos misericordia, erga exteros mansuetudo, erga hospites et peregrinos, præsertim pios illa, quæ verbo Dei tantopere laudatur et præcipitur hospitalitas, in omnes benevolentia, denique de omnibus bene merendi studium. De quibus facilius est nobis apud alios sentire et loqui, quam ad te scribentem dicere, ne quod vere dicere et prædicare possumus, si in hos dicatur, magis assentatio dicenti, quam veritas expressisse videatur. Sed tamen quod sine assentatione liceat scribere, feruntur ista omnium bonorum, doctorumque et literis et sermonibus; quas ob res jampridem C. T. consecuta est, ut præstantia illa suspiciatur, ametur, et colatur ab omnibus cum tuis, tum exteris, quorum ne nomen quidem unquam ad te pervenit, ac fortasse etiam nunquam postea perventurum est. Nec mirum: est enim blanda illa quidem, sed tamen potens animorum victrix et conciliatrix virtus: quæ a quibus cerni potest, eos mirabiliter sibi adiungit, atque ita devincit, ut plane suos faciat. Atque ut id ita non fieret: non eo minus tamen ea sunt merita illarum virtutum, quibus nihil possit dignum ab omnibus rependi. Quod ad me attinet, ego hac illustrissimi nominis tui, et virtutum illarum fama permotus, postquam accessi propius, et cognovi, quæ esset omnium de tua excellente virtute constans prædicatio et consensus, quasi unus ex illis, ad quos earum rerum fructus pertineret, aut unus aliquis ejusdem civitatis municeps, tantum me privatim C. T. debere statui, quantum salutari Principi subditi, patri patriæ boni cives se debere confitentur. Id ego si qua ratione dependere cupiam, non vereor, ne cui in eo reprehendatur non magis voluntarium, quam necessarium officium meum. Ego vero cupio, Illustrissime Princeps, et ut contingat, non rebus aliquibus majoribus, quæ in me non sunt, et quas multo minus a tuis C. T. requirit, sed his quæ mihi a Deo conceduntur, grata ac pia nominis tui recordatione, tum omni animi cultu atque observantia contendam. Hujus animi et observantiæ testificandæ ratio nobis relinquitur in literis, ex quo genere cum essent hi Commentarii, qui ad edictionem parabantur, putavi me recte et ex superiore illo officio facturum, si eos jam tum tibi destinatos, cum ante aliquot menses hac iter faceres, nunc demum cum eduntur, C. T. consecrarem: sicque cogitavi, tibi Principi sapientissimo, et doctissimo, et facta cujusque atque officia, non ex vulgi opinione, sed recte et ex vero æstimanti nunquam improbari posse eum cultum, quem officii ratio, et mandatum Dei

cuiquam præscripsisset. Idque etiam ita feci. Haud magna in re scio, hic cultus mihi ostenditur, si cum splendore C. T. comparetur; sed si nihil aliud, certe Commentarii, ut poterunt, te loquentur, et hoc testabuntur; tanto te digniorem Principem esse omni cultu, quanto qui præstat, omnibus rebus est inferior. Si munus spectatur, nulli potuit deferri convenientius: est enim ex optimo genere literarum, idest, ex Jure Civili, et in hoc ex ea parte, quæ excellere putatur. Tu ad eas laudes virtutis, quas supra dixi, adiunxisti singulare virtutum omnium ornamentum, eas literas, atque eam doctrinam, non solum quæ sit supra aliorum Principum morem, sed etiam quam literatis et doctissimi etiam homines assidue in literis versati æqualibus suis invideant: ut de literis nemo quam tu melius possit judicare: quo etiam nomine speravi munus C. T. non ingratum futurum. Sed totum ita futurum est, ut erit favor tuus. Ego autem non dubito, quæ C. T. clementia et benignitas est, quin et deferentis animum, et munus ipsum consuetudo favore tuo complectare: quod tamen ut facias, qua me animi demissione facere decet, C. T. oro. Cum hoc piæ observantiæ, et literis tribueris; tum hæ ipsæ literæ hoc quoque exemplo doctæ magis dicent non abs re esse, quod jam olim gaudeant sibi apud tantum Principem sedem ac præsidium esse constitutum. Vale Illustrissime Princeps.

Heidelbergæ, Cal. Mart. CIƆ, IƆ, LXXVII.

Illustrissimæ C. T.

deditissimus.

HUGO DONELLUS.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM D. DE REBUS DUBIIS.

SUMMARIA.

1. Res dubiæ *quænam dicantur.*
2. *Hoc Titulo potissimum agitur de dubietatibus facti: nec tamen de omnibus: et de quibus agatur*, et n. 3.
4. *Quare inscriptio* Tituli *generaliter concepta.*
5. *Quare hic Titulus hoc loco fuerit collocatus.*

1 Res † sunt facta, et caussæ de quibus agitur. Dubiæ sunt, de quibus unum aliquid ex his quæritur, aut utrum aliquid factum sit, necne, ut in ambigue scripto testator quid senserit: *L.* 1. *L. cum in testamento*, aut, cum de facto constabit, quid sit id, quod scriptum factumve est, ut in hoc jure, *incertis personis legari non posse*, quid sit incerta persona: *L. quidam, infr.* aut, cum de facto constabit, et quo nomine id vocetur, quæritur, quale id sit, æquum, an iniquum; justum, an injustum, ut, viro et uxore pariter decedentibus, quorum alter alteri aliquid donarit, utrum donatio jure valeat, necne. *L. si inter, infr.* Tot enim sunt natura quæstiones de unaquaque re, neque plures, in quibus omnibus rem esse dubiam dicimus, quoniam non sit certum, quid in singulis in alterutram partem statuamus.

Ergo cum hic titulus sit generalis: pollicetur, ut quidem verba sunt, agi hic de omnibus rebus, in quibus ejusmodi aliquid

2 quæratur. † Sed sciendum est, de quæstione juris paucos esse admodum locos hoc titulo: pauciores de re, in qua, quid sit id, quod, lit, et de quo lege cavetur, quæritur: unam fere quæstionem et tractationem esse de rebus dubiis, in quibus de facto ambigitur. Nec male hæ res præcipue dubiæ appellantur præter cæteras. Jus namque finitum esse debet, et potest: facta, etiam, prudentissimos fallunt, *L.* 2. *D. de jur. et fac. ign.* Ac de his etiam præcipue agi oportuit, non de cæteris. Nam in quæstionibus facti communes sunt quædam præceptiones, quibus ad rem omnem dubiam explicandam adjuvari possumus. Jus autem non nisi ex legibus et omni parte juris intelligi potest. Ut sit stultissimum, cum sint caussæ innumeræ, de quibus singulis jus constitutum est, id jus omne uno titulo complecti velle: aut, paucis expositis, putare, id ad aliarum caussarum jus cognoscendum quidquam prodesse.

Sed † nec de omnibus agi sciendum est, 3
etiam in quibus de facto quæritur. Non enim agitur de his, quatenus in iis res dubia testibus aut instrumentis demonstrari potest: solum de iis agitur, in quibus, legitimis aliis probationibus deficientibus, ratione et conjectura aliqua probabili id, quod dubium est, potest explicari.

Inscribitur *de rebus dubiis* generaliter, non de quibusdam rebus dubiis, † quia 4
tametsi pauca tantum exempla hoc titulo proponuntur ex infinitis, in quibus res facti dubia est: tamen generalia quædam præcepta traduntur; et præterea ex iis responsis, quæ hic proponuntur, alia præcepta colliguntur, quibus ad omnes res dubias decidendas uti possumus ac non tantum ad eas species, quæ hic proponuntur. In quo cernitur utilitas hujus tituli. Sunt et alii loci complu-

tes sub titulis *de legatis*, et alibi, in quibus præcepta de re dubia explicanda traduntur: sed nusquam de hac re tota ex professo. Hic autem ex professo agitur. Unde merito hic titulus proprie *de rebus dubiis* inscriptus est.

5 Hoc genus dubii † quia præcipue in testamentis incidit, in quibus ut plurimum scriptum quid est ambigue, aut obscure: idcirco non sine ratione est hoc loco collocatus, quamquam ad interpretationem legum, et contractuum eadem præcepta pertinent.

Ad L. *Fundum.* 1.

Papinianus *lib. 7. Respon.*

Fundum Mævianum, aut Sejanum Titio legaverat. Cum universa possessio plurium prædiorum sub appellatione fundi Mæviani rationibus demonstraretur: respondi, non videri cætera prædia legato voluisse defunctum cedere, si fundi Sejani pretium a fundi Mæviani pretio non magna pecunia distingueretur.

SUMMARIA.

1. *Si illud, aut illud legetur: electio est legatarii.*
2. *In ambiguo sermone id sequimur, quod is, qui loquitur, sensit.*
3. *Ubi duæ res disiunctim legatæ sunt, si altera nomine ambiguo designata fuerit: ex alterius pretio sumitur interpretatio dubiæ voluntatis* et n. seqq.
5. *Electio constituitur inter res ejusdem, aut non longe imparis pretii.* et n. 11.
6. *Si legata sint* X. aut XV. *ultra summa debeatur.*
7. *Quid juris, si quis* X. aut XV. *stipuletur.*
8. *Legato* fundo Mæviano, aut Sejano, *cum plures sint fundi Mæviani, alias pretiosior, alias vilior debetur.*
9. *Legato* fundo Corneliano, *cum plures ejusdem nominis testator haberet, quisnam debeatur.*
10. *Duabus rebus conjunctim legatis, ex coniunctione non recte infertur, alteram alteri pretio æqualem esse debere.*

Quidam fundum a Mævio accepit, et eum ab auctore *Mevianum* nominavit. Ei prædio vicina quædam alia prædia mercatus cum esset, aut cum prius ea prædia complura haberet, omnia huic fundo Mæviano adiecit, et universam eam prædiorum possessionem fundi *Mæviani* nomine appellavit, uti facere homines consueverunt, cum fundum aliquem ampliorem, et nobiliorem reddere volunt, locupletatum multis accessionibus, ut vere latifundium queant dicere. Ita factum est destinatione patrisfamilias, ut inciperet hoc verbum, *Mævianum*, esse ambiguum, ac proprie significaret fundum illum veterem Mævianum, quem possessor a Mævio acceperat, nec cæterea prædia, quæ postea adiecta sunt, contineret: quoniam illa non essent Meviana, idest non essent a Mævio profecta; idem ex destinatione et usu loquendi patrisfamilias contineret universam eam prædiorum possessionem, quibus idem fundus ille vetus a domino auctus esset. Is possessor cum fundum alium nomine *Sejanum* haberet, utrumque legavit hoc modo: *fundum Mævianum, aut Sejanum Titio do lego.* Sublata hic esset omnis quæstio, si in hoc legato electionem heredi tribueremus, utrum enim ex his dare heres vellet, eum recusare non posset legatarius. Nunc autem † electio legatarii est. *L. Lucio*, 23. 1
D. de leg. 2. proinde pro jure suo petit optimum, itaque Mævianum vindicat, non illum veterem, quem dixi, et quem absolute hoc loco Papinianus ea re ipsa *Mævianum* vocat, sed universam illam prædiorum possessionem, quam prædii *Mæviani* appellatione testator, dum viveret, designavit: Heres veterem Mævianum offert, hunc legatum ait, quod dicat, hunc vere dici Mævianum. Verbum ambiguum est. Certum est † in ser- 2
mone ambiguo id sequendum esse, quod is qui loquitur, sensit. Quæstio, de utro fundo hic testator senserit. Respondet Papinianus fundum Mævianum (sic enim, ut dixi, veterem illum profectum a Mævio absolute vo-

minat) voluntate testatoris deberi: cætera prædia huic postea a testatore adiecta legato non cedere, idest legato non contineri: hac conditione tamen, *si pretium fundi Sejani a fundi Meviani pretio non magna pecunia distingueretur*. Sic enim in Pandectis Florentinis legitur, et recte.

Hoc responso hoc præceptum cum primis utile significatur, quod pertinet ad interpretationem dubiæ voluntatis in scripto ambi-
3 guo: † Quoties duæ res disiunctim legantur, ex quibus una legatur verbo ambiguo, idest, plures res significante, et quæritur, de qua re testator senserit, interpretationem voluntatis ex alterius rei nominatim legatæ æstimatione sumendam esse. Videri enim testatorem in verbo ambiguo de ea sensisse, quæ a pretio alterius rei legatæ minus distaret. Quod fiet in proposita hypothesi hoc modo. Si fundus Mævianus vetus non multum distat a pretio fundi Sejani, solus hic videbitur legatus, non etiam cætera prædia, quæ postea accesserunt. Quod si pretium fundi Sejani longe superat æstimationem fundi Mæviani illius veteris: non ille tantum vetus legatus erit, sed etiam universa possessio, quæ fundi *Meviani* appellatione ex instituto patrisfamilias continebatur.

4 Hujus conjecturæ † optimam hoc loco rationem reddidit Bartolus sumptam ex natura rei, de qua agitur. Nam cum testator de suis rebus *illam, aut illam* legat, electionem dat legatario rerum legatarum. Natura ele-
5 ctionis † est hæc, ut constituatur inter res æstimatione pares, aut certe non longe distantes. Nam si res æstimatione multum dispares legentur, aut promittantur, quamvis disiunctim: non tam electio data, quam res
6 una legata, aut promissa videbitur. † *Decem aut quindecim*, exempli gratia, testator legavit, si dixit, *utrum legatarius volet*, quindecim erunt legata: nam hæc legatarius eliget. Si nihil adiecit, quia heredis est electio, decem videbuntur legata. *L. si ita relictum* 13. §. *ult. D. de leg.* 2. † Idemque est in hac 7
stipulatione, *decem, aut quindecim dabis?* L. si ita, 109. *D. de verb. oblig.*

Ex his apparet, † cum *fundus Mævianus, aut Sejanus* legatus est, et plures sunt fundi 8
Mæviani, alias eum, qui minoris pretii est, deberi: alias eum, qui majoris: prout scilicet aut hic, aut ille a pretio fundi Sejani minus recedet.

Videamus ergo, ne sit contrarium huic sententiæ, quod scriptum est in *L. cum servus.* 39. §. *scio, supr. de leg.* 1. † cum testa- 9
tor legat fundum Cornelianum, et plures habet fundos ejusdem nominis, eum deberi, qui sit minoris pretii, nisi legatarius testatorem de pretiosiore sensisse probet. Sed hoc postremum omnem controversiam dirimit. Satis enim legatarium probare dicimus, Mævianum ampliorem legatum videri, cum is a pretio fundi Sejani non magna pecunia distinguitur. Itaque diligenter notandum est, quod hic dicitur de interpretatione verbi ambigui, tunc solum locum habere, cum plures res disiunctim, seu sub alternatione legatæ sunt. Non idem probaremus, si fundus Mævianus per se legatus esset, aut legatus esset coniunctim Mævianus, et Sejanus. Diceremus enim hic Mævianum ex pluribus eum deberi, qui esset minoris pretii tantum, non majoris. *d. L. cum servus.* §. *scio de leg.* 1. Differentiæ hæc ratio est, quod † unius 10
rei legatæ coniunctio non arguit testatorem aliam rem ejusdem pretii legare voluisse, nihil enim prohibet, quominus testator rem unam magni pretii leget; et alteram, quæ sit, non dico minoris, sed minimi pretii. At † rebus disiunctim legatis, electio, quæ his 11
datur, non patitur, ut testator res inter se multum æstimatione distantes legasse videatur.

Ad L. *Civibus*. 2.

Idem *lib. IX. Respon.*

Civibus civitatis legatum, vel fideicommissum datum, civitati relictum videtur.

S U M M A R I A.

1. Civibus *relictum civitatis relictum videtur.*
2. Civium *appellatio ambigua.*
3. *Si universis civibus legatum sit, singuli non petent: contra, si singulis.*
4. *Si legatum sit* civibus, qui nunc sunt: *iis, qui postea existent, nihil debebitur.*
5. *Universitati relictum non debetur singulis.*
6. *Quod est universitatis, non est singulorum.*
7. *Quod debetur universitati, non debetur singulis.*
8. *Legatum civitati relictum debetur, quicunque supersint ex civibus, qui erant, cum legabatur.*
9. *Civitas est semper eadem, quæ fuit.*
19. *Testator non aliud voluisse videtur, quam quod dixit.*
11. *A verborum significatione non recedendum, nisi constet, aliud sensisse testatorem.*
12. *Relictum administratoribus civitatis videtur relictum ipsi civitati.*
13. *Non singuli cives sunt civitas, sed universi.*
14. *Civitas quid sit.*
15. *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed tantum quod volumus.*
16. *Cur civibus relictum civitati relictum interpretemur.* et n. seqq.
17. *Testator præsumitur plus dilexisse patriam, quam cives singulos.*
18. *Plus notos, quam ignotos:*
19. *Ex notis plus coniunctos, quam extraneos.*
20. *Sine caussa testator non dat.*
21. *Semper id agendum, ut legatum potius valeat, quam pereat.*
22. *Testatores præsumuntur faciliores ad exonerandum, quam ad onerandum heredem.*
23 *Municipibus, collegis, aut universitatem efficientibus relictum, municipio, collegio, aut universitati relictum intelligitur.*

Civibus civitatis legatum, vel fideicom-
1 missum datum, † civitati, ait Papinianus,
relictum videtur. Primum quid necesse est
laborare in eo, an quod civibus datum est,
potius interpretari debeamus datum civitati,
quam civibus, cum sufficiat intelligi, quod
civibus datum est, civibus deberi? Nihil
esset necesse, si constaret, quid verbo civium
2 contineretur. Sed † hoc, *civibus*, ambiguum
est. Potest enim sic intelligi, civibus singulis: potest ita, civibus universis: et, civibus
universis: et civibus qui nunc sunt: aut
civibus et qui nunc sunt, et qui postea me
vivo futuri sunt. Inter quæ multum interest.
3 Etenim † si universis civibus legatum est,
singulis nihil debetur, nec singuli legatum
petent. Contra est, si legatum erit singulis,
4 et rursum † si iis legatum est, qui nunc sunt,
iis qui existent postea, nihil debebitur. Hoc
ergo explicari necesse est. Tollitur vero hæc
ambiguitas hac definitione, cum civibus da-
tum, interpretamur datum civitati. † Si ci- 5
vitati relictum est, singulis non debetur.
Nam † neque quod universitatis est, singu- 6
lorum est, † nec quod debetur universitati, 7
debetur singulis. *L. in tantum*, §. 1. *D. de
rer. divis. L. sicut*, §. *si quid. supr. quod
cuiuscunque univer. no.* Si civitati relictum
est, legatum † debebitur, quicunque tandem 8
cives supersint ex iis, qui fuerunt, quo tem-
pore legabatur, quippe civitati legatum est,
ut dixi. † Est autem semper eadem civitas, 9
quæ fuit, quamvis priores omnes cives decesserint, aliis in priorum locum succrescentibus. *L. proponebatur, D. de iud.*

Ergo hoc restat, ut videamus, quam recte interpretetur Papinianus, *civibus* hoc esse, civitati. Nam si aliud sunt cives, aliud civi-

tas, non recte. Neque enim debetur, nisi
10 quod testator voluit: † nec videtur voluisse aliud, quam dixit *L. Labeo*, §. 1. *D. de sup. leg.* et quamvis defenderemus, *cives* per metonymiam accipi posse pro civitate: tamen, nisi quid esset necesse, et aliter legatum valere non posset, ita accipere non deberemus.
11 Sic enim præcipitur, † non aliter a verborum significatione recedi oportere, quam si manifestum sit, aliud sensisse testatorem. *L. non aliter*, 69. *D. de lega.* 3.

Quid ergo? an cives sunt civitas, ac non potius ii, qui civitate continentur? Quod cum expedire Azo non posset, hoc loco, *civibus*, interpretatus est administratoribus civitatis:
12 propterea quod † administris civitatis datum, ipsi civitati datum videatur, arg. *L. annua*, §. 1. *supr. de an. leg.* Quasi vero cives omnes sint administratores civitatis, ac non ex innumeris paucissimi, qui Remp. administrent. Sed hic hærendum non est.
13 Sane enim † singuli cives non sunt civitas.
14 At universi civitas sunt. † Nihil enim est aliud civitas, nisi cœtus civium jure sociatus, finitore Cicerone in *Somnio Scipionis*. Itaque si de significatione verbi hic quæritur, non est metuendum, ne qui *civibus* datum interpretatur datum civitati, non ex significatione verbi id videatur facere.

Sed hoc quæritur, cum verbum, *civibus*, possit etiam sic accipi, ut singuli cives intelligantur, cur in verbo ambiguo placet id accipi, ut civitas intelligatur potius, quam singuli cives? Nempe quod testator de civibus universis, id est, de civitate senserit,
15 non de civibus singulis. † In ambiguo enim sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus *L. seq.* Unde porro illum civitati datum, non singulis civibus
16 voluisse intelligimus? † Plures concurrunt conjecturæ, quæ id suadeant. Primum testator caussam habuit, cur legaret civitati suæ. Nam civitatem suam caram habuit, ut patriam. Cur autem singulis pariter legaret, caussam nullam habuit. † Incredibile est 17
enim, eum suos cives singulos æque dilexisse, certe † non dilexit ignotos æque, ac notos: 18
et † in his qui noti sunt, non dilexit æque 19
extraneos, atque amicos, et intima familiaritate coniunctos. Non igitur omnibus ex
æquo datum voluit. † Neque enim daret, 20
nisi caussa esset, cur pariter omnibus datum vellet, arg. *L. si is, qui ducenta*. §. 1. *infr. eo. L. nec adjecit. D. pro soc.* Deinde si singulis civibus legatum interpretamur, legatum inane et derisorium futurum est, quod si uni daretur et semel, magnum esse potuit. Divisum enim legatum forte inter decem millia civium, necesse est ad minimam summam, aut etiam nullam in singulis redigatur. † Semper autem id agendum est, ut 21
legatum potius valeat, quam pereat. *L. quoties in actionibus*, *infr. eo.* Postremo si singulis civibus dandum est, nimis oneramus heredem, isto enim modo tot erunt legatarii, quot cives: quibus omnibus petitio erit legati adversus heredem. Quod si dandum est civitati, pro innumeris petitionibus una constituitur, qua teneatur heres duntaxat civitati. † Verisimile est autem, testatorem faci- 22
liorem esse ad exonerandum heredem, quam ad onerandum. *L. unum ex familia*, 67. §. *si rem sup. de leg.* 2.

Quod de legato civibus relicto hoc loco dicitur, † ad omnes pertinet, qui plures con- 23
iuncti universitatem, aut corpus unum efficiunt. Itaque quod municipibus legatum est, intelligitur legatum municipio: quod collegis illius collegii, collegio: quod illis, qui sunt ex ea universitate, universitati.

Ad L. *In ambiguo.* 3.

Paulus *libro XIV. Quæstionum.*

In ambiguo sermone non utrumque dicimus: sed id duntaxat, quod volumus. Itaque qui aliud dicit, quam vult: neque id dicit, quod vox significat, quia non vult: neque id, quod vult, quia id non loquitur.

SUMMARIA.

1. *Nemo dicit quod nolit, etiamsi verbis exprimat,* et n. 7.
2. *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed solum quod volumus.*
3. *Non est* dicere *id loqui, quod animo non sentias.*
4. *In* omni *dicto, scriptove potissimum voluntas, et sententia dicentis spectanda.*
5. *Qui aliud dicit, quam quod vult, neutrum dicit.* et n. 21.
6. *Si legaturus vestem legat* supellectilem, *neutra debetur,* ibid.
8. *Nemo dicit quod velit, nisi exprimat.*
9. *Omne dictum constat sententia, et voce.*
10. *Exponitur* L. si alii, 19. D. de us. et usufr. legat. *et n. seqq.*
11. Fundi *appellatio complectitur etiam usumfructum.*
12. *In testamentis voluntas totum facit.*
13. *Voluntas facit, ut in testamento scriptum valeat.*
14. *Si legaturus fundum Mævianum nominet* Cornelianum, *debetur Mævianus.*
15. *Non recedendum a verborum significatione, nisi constet, aliud sensisse testatorem.*
16. *Voluntas testatoris præfertur propriæ verborum significationi.* et n. 20.
17. *Fundum appellat et qui non suo nomine demonstrat.*
18. *Nihil interest, rem indices proprio nomine, an demonstratione, quæ tantumdem valeat.*
19. *Nomina appellativa sunt immutabilia.*
22. *Legatum relictum* filio *utrum debeatur filio naturali, an extraneo, quem testator habeat loco filii.*

Propositum est Paulo hoc capite constituere hanc sententiam ad interpretationem
1 omnis dicti, scriptive, † *Neminem dicere, quod nolit, quodque non sentiat; quantumvis id verbis exprimat.* Id autem confirmat argumento ambigui sermonis. In quo cum secundum verba duo dicamus, interdum etiam plura (is est enim ambiguus sermo, qui duas res, duas sententias, aut plures exprimit)
2 tamen † non utrumque dicimus: sed id duntaxat, quod volumus. Atqui alterum nihilominus verbo exprimimus. Sed † non est
3 dicere, id loqui, quod animo non sentias. Quo
4 dicto admonemur, † in omni dicto, scriptove præcipue voluntatem et sententiam dicentis spectandam esse: ut si quid loquitur, quod vult, ideo valeat, quia vult: si quid non vult, non ideo id videatur dictum, quia verbo expresserit. Quod si verum est, consequens
5 est, quod Paulus intulit, † si quis aliud dicit, id est, loquitur, quam vult: hunc nihil agere, sed quod dixerit, pro non dicto esse (non enim valet, quod vox significat, ut jam effectum est, quia ille non vult) neque id rursum quod vult, quia id non loquitur. † 6
Legat quis *supellectilem* suam, dum vult vestem legare, quam putat, verbo *supellectilis* significari. Neque supellex debebitur, etsi eam exprimit, quia non vult hanc legare: neque vestis, quam cogitat, quia de hac non loquitur. *L. 4. supr. de leg. 1. L. Labeo, §. 1. supr. de sup. leg. L. quoties, 9. in pr. supr de here. inst.* Ita in summa hoc responso duas has sententias confirmat Paulus: unam, quam proposui, † neminem dicere quod non sen- 7
tiat, quamvis id loquatur, *d. L. Labeo, §. 1.* ex qua efficitur, sententiam dicentis semper spectandam esse. Alteram, † ne id quidem 8
quemquam dicere, quod velit, nisi id verbo exprimat, ut intelligatur † omno dictum 9
duabus rebus constare, sententia nimirum dicentis, et voce. Quod apertius scriptum est in *d. L. Labeo. §. 1.*

Quibus sententiis nihil adversari ea reperiemus, quæ pro repugnantibus hoc loco notari solent. Citatur † *L. si alii, supr. de* 10

usu, et usuf. leg. pro defensione scripti ad-
versus voluntatem. Proponitur testator alii
usumfructum ejusdem fundi legavisse, cum
eo proposito esset, ut is, cui fundum legabat,
nihil nisi proprietatem nudam haberet. Si
ad id verba superiora satis esse putat testa-
tor, errat, inquit Modestinus, et is cui fun-
dum legavit, habebit nihilominus partem
ususfructus. Nempe quia id loquitur, etiam
si præter testatoris voluntatem: quod ut ma-
gis intelligeretur, addidit ille ad extremum,
*quia interdum plus valet scriptura, quam
peractum sit.* Sed videndum est, quid Mode-
stinus hic dicat, quidve agat. De testatore
loquitur, qui vult uni proprietatem nudam
legare alicujus fundi, alteri usumfructum, si
inquit, id se putat consequi illis verbis, quæ
proposuimus, errore labitur, sed ita eum le-
gare oportet, inquit, *Titio fundum, detracto
usufructu lego*, et quæ sequuntur. Loquitur
ergo de horum verborum significatione Mo-
destinus, *illi fundum, huic usumfructum ejus
fundi do lego.* Est hoc verissimum, si quis
his verbis usus est, non esse eum consecutum,
quod voluit, ut unus nudam tantum pro-
prietatem habeat: quoniam non id verba
11 significant. † *fundum* enim qui dicit, etiam
usumfructum fundi complectitur. *L. Mævius*,
66. §. *penult. de leg.* 2. *L.* 4. *D. de usuf.*
quod hic non negamus, sed hoc amplius
quærimus, si aliunde, quam ex verbis con-
staret, hoc sensisse testatorem, ut is, cui fun-
dum legavit, nudam tantum haberet proprie-
tatem, alter autem integrum usumfructum:
num contra ejus voluntatem ususfructus com-
municari debeat. De eo non agit Modestinus,
ut qui de errore tantum testatoris loquatur,
qui in eo est, non quod putat, se posse fun-
dum, detracto usufructu, legare: sed quod
putat, id se illis verbis, quæ dixi, exprimere.
Nos vero de eo hoc dicimus, quandiu de vo-
luntate testatoris constabit, nihil penitus
valere in testamento, quod illum non velle
12 intelligetur. Hinc illa: † *in testamentis facit
totum voluntas defuncti.* L. ex facto, §. re-
13 rum. *D. de hers. inst.* item, † *voluntas facit,
ut in testamento scriptum valeat.* L. 12. in
pr. *de leg.* 1.

Pro tuenda autem voluntate testatoris
etiam, quam verbo ille non expresserit, hæc
14 dici solent, primum quod, † si quis in fundi
vocabulo errans leget certum aliquem fun-
dum, quem ipse appellet *Cornelianum*, cum
sit *Mævianus*: placet Cornelianum quidem
non deberi, quia de eo testator non senserit:
cæterum deberi Mævianum, quia hunc vo-
luerit. *L.* 4. *supr. de leg.* 1. atqui Mævianum
non nominavit. Præterea in *L. non aliter,
D. de leg.* 3. scriptum est. † non aliter a 15
verborum significatione recedendum esse,
quam si manifestum erit aliud sensisse testa-
torem, quibus verbis declaratur. † si testator 16
aliud senserit, quam verba significant, a
verborum significatione esse recedendum, et
voluntatem esse sequendam. Sed neutrum
horum arguit voluntatem esse sequendam
sine verbis, idest, quamvis testator locutus
non sit in testamento, quod voluerit. Nam † 17
et is, qui fundum aliquem demonstrat eum
non suo nomine appellando, appellat eum,
et de eo loquitur non minus, quam si eum
suo nomine appellasset. † quid enim interest, 18
utrum nomen rei dicas ad rem indicandam,
an ea demonstratione utare, quæ tantumdem
præstet? Plane nihil, ut est in *L. certum. D.
si cert. pet.* si modo ea sint nomina rei, quæ
pro arbitrio cujusque mutentur: qualia sunt
quæ *propria* dicimus, idest, nomina singu-
larum rerum ad numerum discernendum,
non ad substantiam rei significandam in-
venta. Nam † hæc sunt immutabilia *D. L.* 19
4. *D. de leg.* 1. Quod autem dicitur, a ver-
borum significatione recedi posse, cum ap-
paret aliud sensisse testatorem, quam verbum
significat: † a verbi significatione propria 20
accipere debemus, ut bene interpretatur Hu-
golinus in *d. L. non aliter.* Nam a significa-
tione propria, et impropria si quis recedi
posse interpretaretur: non fuit dicendum.
recedi posse a significatione verborum: sed
recedi posse a verbis, ut sine his nudam
testatoris sententiam amplectamur, idest, quod
voluerit, quamvis non dixerit. Et sane † hoc 21
verbum significat, quod proprie, et ex usu
loquendi significat. Itaque exempli gratia, si
quis, dum vult vestem legare, leget *supelle-
ctilem*, vestis non debetur, quia hanc *supellex*
non significat neque proprie, neque abusive.

Sed finge, testatorem legavisse filio suo
decem, cum haberet filium naturalem, et
alterum quemdam, qui filius quidem non es-
set, sed quem pro filio carum haberet, atque
etiam eum ita nominare esset solitus. Si quæ-
ratur, utri ex his legatum sit, † non dubita- 22
bimus respondere, legatum esse filio naturali.
Hunc enim natura filius significat. Sed si
constabit, testatorem noluisse ei legare, quia
eum justis de caussis exheredaverit, et testa-
tus sit, se velle a bonis suis penitus esse alie-
num: recedemus tum a verbi significatione,
et ex abusu testatoris filium intelligemus
eum, quem ita nominare consuesset.

Ad L. *Paulus.* 4.

Idem *lib. XIX. Responsorum.*

Paulus respondit, cum nomen fideicommissarii testamento adscriptum non sit: nulli personæ neque certæ, neque incertæ datum fideicommissum videri, indubitatum est.

SUMMARIA.

1. *Nullum est legatum, vel fideicommissum, si non appareat, cui testator consultum voluerit.* et n. seqq.
3. *Nominatim ei legasse testator intelligitur, cui dare voluisse apparet.*
4. *Demonstratio, etiam in heredis institutione, fungitur vice nominis.*
5. *Si testator ex pluribus heredibus unum rogaverit, ut pro sua parte contentus sit centum: coheredes fideicommissum ab eo petere possunt.*
6. *Conditionis implendæ caussa legatarius dabit heredi, si testator non expresserit, cui dari voluerit.*

Testator ita scripsit. *Heres meus decem dato,*
1 neque adiecit, cui : † nulli personæ, inquit, Paulus, neque certæ, neque incertæ legatum videtur. Certæ quidem personæ non deberi non dubitatur ; quando nolla certa adscripta est, sed hoc potuit dubitari, unum saltem necesse habeat heres incertæ personæ dare: puta, cui voluerit, alicui tamen: nempe cui humanum, aut æquum sit dari, cui, verisimile sit testatorem bene velle: ut num debeat amicis dare. erogare pauperibus conferre in redemptionem captivorum, et si qua sunt ejusmodi officia humanitatis. Hanc dubitationem Paulus sustulit, cum adjecit, neque incertæ personæ datum fideicommissum videri. Et merito nemo ad hujus fi-
2 deicommissi persecutionem admittetur. † Verum est enim, eum nulli legavisse, qui in legato nullius nomen adscripsit. Nos enim non solum ut senserit quid testator, sed etiam ut dixerit, quærimus, ut præcedenti capite dictum est.

Neque tamen quod Paulus hic exigit, ut nomen fideicommissarii adscribatur, ita præfracte accipiemus, quasi necesse sit nomen pro-
3 prium adhiberi. † Nominatim alicui legatum intelligemus, si quid ita legatum sit, ut possit intellegi, cui testator consultum voluerit. *L. nominatim*, 90. *de leg.* 3. denique † omnem 4
demonstrationem, etiam in herede instituendo, nominis vicem habere convenit. *L. quoties.* §. *si quis nomen, supr. de her. inst.* Itaque † cum ex pluribus heredibus institutis 5
testator unum rogat, ut pro sua parte contentus sit centum aureis, recte placet, coheredibus ejus fideicommissum ejus partis relictum videri. *L. peto*, 69. 2. *respon. supr. de leg.* 2. atqui eos non nominavit, sed satis ostendit, se his consultum velle, dum heredem jubet partem suam omittere. Hanc enim, omissam necesse est jure pertinere ad ejus coheredes. *L. qui ex duobus*. §. *ult. supr. de acq. her.* Idem de hac specie judicandum est. † Jubet testator, servum Sti- 6
chum liberum esse, si decem dederit: legat alicui fundum, si decem det, nec adiicit, cui. Probatum est et servum, et legatarium decem dare debere heredi, qui tamen nominatus non est. *L. Labeo*, §. *pen. L. qui pecuniam, infr. de statulib.* Sed satis heredem indicat testator, qui conditionem dandi adiicit peosandi incommodi caussa, quod is patitur, cui res manumissa, aut legata aufertur. Hoc enim incommodum est heredis. Ad hunc igitur pensatio hæc, et datio referatur, necesse est.

Ad L. *Quidam* 5.

Cajus *lib.* 1. Fideicommissorum.

Quidam relegatus facto testamento, post heredis institutionem, et post legata quibusdam data ita subiecit: *Si quis ex heredibus cæterisve amicis, quorum hoc testamento mentionem habui, sive qui alius restitutionem mihi impetraverit ab Imperatore, et ante decessero, quam ei gratias egerim: volo dari ei, qui id egerit, a cæteris heredibus aureos tot.* Unus ex his, quos heredes scripserat, impetraverit ei restitutionem; et antequam id sciret, decessit. Cum de fideicommisso quæreretur, an deberetur: consultum Julianus respondit deberi, sed et si non heres vel legatarius, sed alius ex amicis curavit eum restitui: et ei fideicommissum præstari.

SUMMARIA.

1. *Veteri jure incertis personis legari non potuit.*
2. *Verba.* sive quis alius, *significant alium ex genere expresso.*
3. *Exceptiones regulæ juris veteris de incertis personis.* 4. 5.
6. *Olim personæ sibi ignotæ legare testator non poterat.*
7. *Quid Imp. Justinianus de incertis personis constituerit.* et n. seq.
8. Non erat, *indicat.* nunc esse.
10. *Incertæ personæ ob eventu demonstranda relictum non debetur, si, testatore mortuo, vel inscio, eventus inciderit in personam testatori exosam.*
11. *Generali oratione non continentur quæ specialiter quis concessurus non erat.*

Consultus Julianus respondit deberi.) Ambigendi caussa ex eo, quod hic proponitur
testator incertæ personæ legavisse, legavit
enim ei, qui sibi restitutionem impetrasset,
fieri potest, ut nemo impetret, et si quis
impetrabit: tamen, quisnam is futurus sit,
1 incertum est. † Fuit autem juris certi incertis personis legari non posse. §. *incertis,*
Inst. de leg. Cur ergo hic legatum deberi putat Julianus iis, qui restitutionem impetrassent? Quia observandum est in proposita
specie legatum esse incertis personis, ex certis tamen. Non enim ita scriptum est generaliter. *si quis restitutionem mihi impetrarit:*
sed ita, *si quis ex heredibus, si quis ex amicis, quorum hoc testamento mentionem habui,*
2 et quod additum est, † *sive quis alius,* sic interpretatur Cajus, Juliano auctore, valere, si
quis alius ex amicis, quorum mentionem
testator non fecerit, impetrarit restitutionem.
3 Convenit autem inter veteres, † ex certis
personis incertæ legari posse. §. *sub certæ.*
Inst. de leg. Non enim putaverunt hanc esse
incertam personam, quæ ex certis et cognitis
testatori personis sumeretur, licet sub conditione, quæ ratio significatur a Juliano in *L.*
quoties libertis, infr. eod. Interim vel hæc
una adiectio, *seu alius ex amici testatoris,*
aperte declarat, si quis alius quam ex amicis
testatoris restitutionem impetrasset testatori,
huic nihil deberi: quia hæc incerta plane
persona esset. Et quid verbis opus est, cum
hoc nominatim scriptum sit apud Justinianum, † incertis personis, quales sunt eæ, 4
quæ ex certis non sumuntur, non potuisse
legari? *d.* §. *incertis.* † Excepisse videtur 5
Marcianus in *L. si quis ita, infr. eod.* si
quæ essent personæ, quæ ex eventu quidem
incerto designarentur, atque ita nunc plane
essent incertæ, ejusmodi tamen, quas, conditione exsistente, necesse esset, vivo testatore, certas fieri, eique ipsi innotescere:
denique quæ nisi ex judicio testatoris certæ
possent fieri, quia eventus ex volontate ejus
penderet: veluti, si leget illis, qui testamentum ejus signaverint, qui nisi illo sciente

et rogante adhiberi ad signandum non possunt. Quamquam quid dixi Marcianum hoc excepisse? Potius dicendum est veteres regulam juris antiqui retinuisse in omnibus; sed interpretatos esse illos ejusmodi personas non esse incertas, quæ testatori vivo aliquando certæ futuræ essent. Nam † jus vetabat
6 ei personæ legari, quæ testatori plane ignota esset: quia placebat judicium testantis certum esse debere. *L. qui testamento, supr. qui test. fac. poss.* Ulp. in *frag. tit. qui her. inst. poss.*

Videamus, postquam tot loci hoc titulo occurrunt, quibus de hoc genere ambigitur, quid de eo constituerit Justinianus. Neque enim de hac re convenit inter omnes. Et sane de eo non ita scriptum ab illo est in Institutionibus, ut de eo nihil posset dubitari. Post disputationem de incertis personis, quam præmiserat, mentione brevi interiecta de alieno postumo, continenter subiungit in §. *sed nec hujusmodi. Inst. de leg.* sed nec *hujusmodi speciem* penitus esse sine justa emendatione relictam, *hujusmodi speciem* dicit: sed dubium est, utrum hoc referatur ad speciem de incertis personis, de quibus prius egerat, an vero ad speciem tantum de alieno postumo, de qua proxime dixerat in §. *præcedenti.* Jam vero etiam si constiterit, Justiniani verba sic esse accipienda, quasi dicat, se jus illud, quod de incertis personis recensuerat, emendasse: non tamen apparet, quatenus emendarit, non enim dicit se id penitus sustulisse: sed in non penitus reliquisse inemendatum, quod significat, illum id jus aliquatenus emendasse. † Rece-
7 pta hæc fere ab omnibus sententia est, in qua sum et ipse. Justinianum in §. *hujusmodi* de specie incertarum personarum de qua superioribus omnibus §§. egerat, sentire atque hoc dicere, constituisse se, ut incertis personis legatum debeatur, quas modo eventus postea demonstrarit. Intelligitur hoc et ex §. 1. *incertis*, qui præcedit, et ex §. *tutor autem*, qui sequitur. In illo ita scriptum est, *incertis personis olim legari concessum non erat.* † stulte dicere-
8 tur, *non erat*, si ne nunc quidem sit concessum. olim igitur concessum non erant: nunc scilicet est concessum mea constitutione. In hoc autem ita scriptum est. *Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debuit.* et constitutionem illam intelligit, cujus prius meminerat in *præcedente* §. *sed nec hujusmodi.* Unde intelligitur, Justinianum in ea constitutione, qua se emendasse dixerat illam speciem, egisse de incertis personis, et cavisse, illos legari posse: alioqui male in ea tutorem incertum exciperet unum ex omnibus.

Quod ad emendationem ejus juris, attinet, quatenus et quibus conditionibus permiserat ea constitutione incertæ personæ legari, postquam nihil certi de eo ad nos pervenit, cum ille nos ad constitutionem suam releget, quæ constitutio non exstat: non aliunde melius de hac re constitui posse videtur, quam ex cognitione juris veteris, de quo vel ob hanc caussam potissimum a me paulo ante dictum est. Nam si Justinianus constituit, incertæ personæ legari posse, et in eo aliquid innovavit; † dicendum est, eum 9
non hoc constituisse, ut liceret legare incertæ personæ ex certis, quia hoc legatum et antea satis valebat: ac ne illud quidem, ut legatum valeret, si persona vivo testatore ac sciente certa esse cœpisset: nam et hoc, ut dixi, antea quoque placebat. Quid ergo? Illud videlicet, quod restat, ut incertæ plane personæ, cujuscunque modi incertitudo foret, legare jus esset: nec eo minus valeret legatum, quia ignorante testatore, cœpisset persona esset certa: ac proinde nihil interesset, utrum certa esse cœpisse vivo testatore, an mortuo.

Puto tamen, multum referre, in quas personas eventus inciderit mortuo, aut ignorante testatore. † Non enim recipiendum vide- 10
tur, ut si in eas inciderit, quibus verisimile non est testatorem specialiter legaturum fuisse, iis quidquam ex hujusmodi legato debeatur. Fingamus, eum legavisse ita: *centum dari volo ei, qui filio meo filiam suam collocaverit.* Si is collocavit ignorante testatore, qui inimicus fuerit testatori, qui de testatore pessime sit meritus, qui sit infamis et flagitiosæ vitæ: centum ei non dabimus; quia non est credibile, testatorem specialiter huic quidquam fuisse legaturum. Nec obstat, quod generaliter legavit testator omni, qui filiam suam collocasset. Nam † in omni con- 11
cessione, et oratione generali ea non continentur, quæ quis specialiter concessurus non fuerit. *L. obligatione, D. de pigno. L. qui peculii, D. de pecul.* Sive hoc Justiniani constitutione illa exceptum fuit, bene est: sive nihil exceptum est: tamen hoc exceptum intelligendum est, ne, dum voluntatem testatoris tueri vult Justinianus, contra voluntatem faciat.

Ad §. Si tibi.

Si tibi, es postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit.

Ad L. *Vel ex parte te.* 6.

Mætianus *libro* 3. *Fideicommissorum.*

Vel ex parte te, et ex parte posthumum heredem instituisset, legatumve similiter, vel fideicommissum dedisset.

Ad L. *Utrum.* 7.

Cajus *lib.* 1. *Fideicommissorum.*

Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quæritur? Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto: sin autem natus fuerit, utrosque accipere, quantum cuique relictum est, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur: duobus natis tertia tibi debetur: tribus natis (quia tergemini quoque nascuntur) quarta. Et nostra quidem ætate Serapia Alexandrina mulier ad divum Adrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno fœtu enixa est. Sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentosum videtur.

SUMMARIA.

1. Partem facere, *quid significet.*
2. *Postumus non natus partem non facit.*
3. *Eadem re duobus coniunctim legata, solidum ab initio singulis datum videtur.* et n. 14.
4. *Legatarii deficientis portio accrescit collegatario coniuncto,* et n. 14.
5. L. plane. 34. §. si coniunctim. 9. D. de legat. 1. *exponitur.* et seqq.
6. *Justinianus præcipit, quæcunque scripta sunt in Pandectis accipi, ut a se ipso tradita.*
7. *Justinianus veterem legatorum differentiam sustulit.*
9. *An collegatarias coniunctus, qui non concurrit, faciat partem.* et n. 14.
10. *Bartoli distinctio reiicitur.*
11. *Baronis distinctio refellitur.*
12. *Auctoris sententia de quæstione proposita.* et n. 14.
13. *An in Pandectis sint antinomiæ.*
15. *Postumus natus partem faciat collegatario. Plures si nascantur: omnes ad legatum postumo relictum admittuntur.*
16. *Quomoda legatum inter te, et postumos collegatarios dividendum.*

Tibi et postumo coniunctim eadem res testamento relicta est, puta hereditas, aut species certa; idque aut directo, aut per fideicommissum. Sic enim ista hoc loco coniunguntur, ut inter ea nihil in hac quæstione interesse existimetur. Est hic, quod quærat Cajus, sive postumus natus non sit, sive sit natus. S postumus non nascatur, quærit,

1 utrum partem tibi faciat, necne † *Partem alicui facere* est, facere, ut ille partem tantum habeat in eo, quod totum esset habiturus si solus esset: aut impedire quominus solidum habeat, atque ita partem illi auferre in eo, quod solidum habere potuerit. Id satis declarat Cajus in *L. utrum* hic, cum ait postumum partem non facere, sed totum ad collegatarium pertinere. Inde enim intelligitur, eum partem facere, qui impedit, ne totum ad collegatarium pertineat: congruit; *L. plane* 34. §. *si conjunctim. L. hujusmodi*, 84. §. *si Titio. de leg.* 1. *L. cum pariter*, 77. *l. bertis, supr. de leg.* 2. Ergo hoc quærit, an postumus non natus faciat, quominus totum quod verbis conjunctim legatum est, habeas: an vero totum ad te pertineat, qui illo non nato solus es. Non de jure hæc quæstio est, sed de voluntate testatoris. Nam si velit testator totum ad te pertinere, nemo dubitaturus est, quin jure ad te pertineat, sin partem voluit dumtaxat, ne hoc quidem dubitabit quisquam, quin hæc ipsa tua sit, nihil amplius. Sic enim lex est XII. Tabularum, *uti quisque legassit rei suæ, ita jus est*. L. verbis, D. *de verbor. signific.* Sed hoc ambigitur, utrum testator velit, ambigua enim hic oratio est, et incertum, utrum testator ita dicat, *tibi fundum do, et postumo eumdem fundum do lego:* an vero hoc sentiat, *tibi et postumo simul fundum lego ita, ut partis habeatis quando ambo solidum habere non potestis.*

2 Ait ergo Cajus † postumum non natum partem non facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto. Quæ verba duo continent, quæ nobis expendenda sunt
3 diligentius. Unum, † si duobus conjunctim eadem res legata sit, solidum ab initio singulis datum videri, cui sententiæ congruit. *L. conjunctim*. 80. *supr. de leg.* 3. *L.* 3. *in pr. supr. de usuf. accr.* Alterum hujusmodi,
4 † ex iis, quibus conjunctim eadem res legata est, si unus ad legatum non concurrat, totum ad collegatarium pertinere accrescendi jure, quod et ipsum traditur in *L. si duobus*, 16. §. *ult. supr. de leg.* 1. §. *si eadem, Inst. de leg.*

Horum utrumque vocatur in quæstionem: quoniam ita sunt de utroque alii scripti loci complures, ut plane contraria in his prodita esse videantur. Itaque constituendum nobis est, quod et de hac re, et de istiusmodi locis omnibus teneamus. Ergo hic dicitur, cum cum duobus eadem res legata est conjunctim, singulis solidum ab initio datum videri. At
5 † bis, quibus ita legatum est, ab initio partes fieri, diserte scriptum est in *d. L. plane*, §. *si conjunctim, supr. de leg.* 1. Et, si verum est, quod Ulpianus scribit in *Fragmentis* sub titulo *de legatis*, quoties duobus eadem res legata est conjunctim: si quidem per damnationem, singulis partes tantum deberi: si per vindicationem, singulis solidum videri legatum ab initio. Equidem non dubito quin cum veteres scripserunt, solidum legatum videri, ut hic, et similibus locis, de re per vindicationem legata scripserint: ut cum ita legatum est, *tibi, et postumo fundum illum do lego:* ubi autem partes ab initio fieri scripserunt, quin scripserint de re legata per damnationem, ut in *d. L. plane*, §. *si conjunctim.*

Sed † Justinianus vetat ista, quæ scripta 6
sunt in Pandectis, accipi ex persona auctorum, aut ita, ut ab illis scripta sunt. Jubet sic accipi, uti nobis tradita sunt in Pandectis, tanquam a se scripta. *L.* 2. §. *tanta. L.* 1. §. *omnia, C. de vet. ju. enu.* Nunc autem in Pandectis hæc sine distinctione scripta sunt de omni legato. Hoc amplius
† Justinianus ipse nominatim sustulit differentiam legatorum, §. 1. *Inst. de leg. L.* 7
1. *C. com. de leg.* et quidem in hac re, de qua nunc agitur, nominatim in *L. unica*, §. *ubi autem, vers. nos autem, C. de cad. toll.* Ita fit, ut quod dicitur solidum ab initio relictum, intelligendum sit ex sensu Justiniani de omni genere legatorum: et contra, quod dicitur partes initio fieri, itidem accipiendum sit de legatis omnibus, ut sit de singulis utraque hæc sententia prodita iis, quibus conjunctim eadem res legata est solidum ab initio relinqui; et iisdem solidum non relinqui ab initio, sed partes.

Sed hoc non difficile expediri potest. † 8
Utrumque enim verum est suis conditionibus. His partes fiunt ab initio hac conditione, si concurrant. Contraria conditione solidum, si non concurrant. Nec novum est, quædam a principio dubia esse, quæ eventu retro ducantur, et certa fiant accidit in dominio rei legatæ, de quo in *L. quædam, infr. eo.*

Illud non item facile expedire possumus, quod sequitur. † Si unus ex iis, quibus 9
conjunctim legatum est, non concurrat: hic partem non facit, inquimus, sed totum habet collegatarius. Imo partem facit, quam vis non admittatur ad legatum, nec totum ad collegatarium pertinet. Hoc enim ita diserte scriptum est in *d. L. plane*, §. *si conjunctim. L. si duobus, in pr. L. hujusmodi*, §. *Si Titio, supr. de leg.* 1. quæ aperte sunt contraria.

Equidem, ut paulo ante, sic hic quoque non dubito, quin quod supra scriptis locis ex veteribus relatum est, id veteres scripse-

rint de re legata per damnationem. Sed, ut ante dixi, de scriptis Jurisconsultorum non quæritur. quæritur de constitutione et voluntate Justiniani, post quam hæc non videntur conciliari posse. Sic namque hæc conciliari possunt. si aut dicantur d diversis generibus legatorum, aut dicantur de aliis, atque al'is legatariis. scilicet ut unus, qui non concurrit, dicatur partem facere, alius non facere. Sed prius dici vetat Justinianus, ut qui omnem differentiam sustulerit legatorum *d.* §. 1. *Inst. de leg.* Qua sublata demus in *d. L. plane*, §. *si conjunctim*, ita scriptum esse, *si conjunctim duobus res legata sit per damnationem*, nihil pro movebimus. Vult enim Justinianus, idem intelligi, etsi res duobus legata sit per vindicationem. Et contra demus, in *L. utrum*, hic ita scriptum esse, *si res tibi et postumo legata sit per vindicationem:* tamen nihilominus idem intelligere debebimus, si legata erit per damnationem. Ac ne longius hujus rei probationem requiramus, liquet hoc ex *L. vel ex parte*, 6. *h. t.*, in qua non tantum proponitur tibi et postumo legatum esse, sed etiam tibi et postumo fideicommissum datum. Quid autem de utraque specie respondetur in *L. utrum* sequenti? nimirum in utraque, postumo non nato, totum ad collegatarium pertinere. At plusquam notum est, fideicommissa non relinqui per vindicationem. sed esse ea similia damnationi: tantumque inter ea hoc interesse, quod in damnatione imperatur heredi, ut det; in fideicommisso rogatur heres, ut idem faciat. Negari ergo non potest. quin superiores sententiæ ambæ et ut verba sunt Pandectarum, et præcipue ut est constitutio Justiniani, de omni genere legatorum sint accipiendæ.

Restat ad istorum conciliationem, ut dici possit scripta hæc esse de aliis atque aliis legatariis. Quod quidam tentant efficere; sed
10 frustra. † Bartolus in *L. hujusmodi*, §. *si Titio, de leg.* 1. ita definit, si legatarius non admittitur, nec spes est eum admitti posse, partem non facit: si non admittitur, sed tamen spes est eum posse admitti, partem facit. Prius falsum est. Nam si legavi Titio, et ei qui in rerum natura non erat: is, qui non est, partem facit. *L. si duobus, in pr. supr. de leg.* 1. neque tamen is ejusmodi est, qui admittatur, aut quem spes sit admitti posse.

Hæc distinctio Baronis non videtur prima
11 ratione improbabilis. † Is in §. *si eadem, Inst. de leg.* si legatarius non concurrat, interesse ait, utrum legatum constiterit in ejus persona, an non constiterit: ut si constiterit in eo legatum, partem non faciat, sed totum ad collegatarium pertineat: si non constiterit, faciat partem. prius probat ex *d.* §. *si eadem*: posterius ex *L. si duobus, in princ. de leg.* 1. utrumque in eo ratione sane minime improbabili. Nam si legatum, inquit, non constitit in ejus persona, qui non admittitur. pars ei adscripta pro non scripta est. *L.* 3. *et* 4. *infr. de his. quæ pro non script.* Quod autem non scriptum, ne legatum quidem est, absurdum sit autem accrescere legatario, quod legatum non sit. Quod sane in eo, quod scriptum non est, verissime dicitur. Sed quid refert, si ne id quidem, quod scriptum est, legatum, et quod constitit in persona ejus, qui non concurrit, accrescit collegatario? at in *d. L. plane*, §. *si conjunctim, de leg.* 1. diserte scriptum est, si conjunctim duobus eadem res legata sit, non solum eos partem facere, in quorum persona constitit legatum, sed etiam eos, in quorum persona non constitit, quibus verbis significatur, multo magis eos partem facere, in quorum persona constitit, nec de iis dubitari, sed posse dubitari de aliis. Idem valet illud ex *L. si duobus, in pr. de leg.* 1. si duobus conjunctim res legata sit, quanvis alter in rerum natura non fuerit, alteri deberi solam partem. Hoc enim perinde est, quasi diceretur: si quidem uterque in rerum natura sit, utrique solum pars debebitur sine dubio, sed etsi unus non sit in rerum natura, nihilominus idem dicendum est, ut ei, qui capere potest, pars tantum debeatur.

Quare, si hæc duo dicuntur de omni genere legatorum ex Justiniani sensu, tum ex iis quæ in Pandectis scripta sunt: dicuntur præterea de omnibus legatariis, qui non concurrunt: necesse est ea esse ejusmodi, ut simul stare non possint. Sunt enim ajentia et negantia hæc: uno non concurrente totum ad alterum pertinere, et totum ad alterum non pertinere.

Cum plus uno ex his verum esse non possit, utrum tandem sequemur? hic hæreremus, nisi Justinianus dubitationem sustulisset, quod † fecit in *L. unica*. §. *ubi* 12
autem, C. de cad. toll. Sic enim illic cautum est, ex conjunctis si unus ad legatum non veniat, totum ad alterum pertinere aut jure accrescendi, aut jure non decrescendi, nec fuit eo contentus, sed in eadem *L.* §. *in primo* nominatim scriptum est, idem juris fore, etiam si in ejus persona, qui non concurrit. legatum non constitisset: ut si tibi, et Mævio, qui deportatus erat, legatum esset. Nec movebimur eo, quod pars Mævii

pro non scripta sit, nec possit ea pars, quæ nulla legata est, accrescere. Totum enim ad collegatarium pertinebit, quasi ab initio ei esset relictum, ut initio dixi.

Hanc sententiam cum diserte se confirmare dicat Justinianus in *d.* §. *in primo:* eadem opera illam alteram repudiat, qua efficitur, eum, qui non admittitur ad legatum, partem facere collegatario. Quamobrem quicunque sunt loci in Pandectis, in quibus hæc sententia tradita sit, intelligere debebimimus, eos pro jure non habendos. Non est enim jus amplius, quod sublatum est. Posse tantum in huc esse utiles, ut sciamus, quid Justinianus in hoc genere constitutione sua innovarit.

13 Ergo, dixerit aliquis, † in Pandectis est aliquid contrarium: quod tamen Justinianus negat in *L.* 2. §. *contrarium. C. de veter. jur. enu.* Respondeo. Si id concederemus, culpam sustinerent compositores Pandectarum, quos apparet ista non satis diligenter, ne quid amplius dicatur, collegisse. Sed defendi potest, hæc non esse contraria: propterea quod unum sublatum est. Quemadmodum enim, cum Justinianus in Institutionibus passim jus vetus prius recenset, deinde subjicit novum, quod solum valere vult, nemo dicit, hic quidquam contrarium esse, quia quod emendatum est, pro non scripto habendum sit: ita in his duabus sententiis cum idem Justinianus unam comprobet, altera repudiata: eam, quæ sublata est, alteri contrariam existimare non debemus.

Summa hæc juris, quod pro certo tenere
14 nus oporteat: † si duobus eadem res legata sit, quanvis conjunctim, idest, una oratione, uno ad legatum non veniente solidum ab initio alteri datum videri. Id eam vim habere, ut qui non concurrit, partem conjuncto non faciat: sed totum ad conjunctum pertineat, ut cui non pars tantum, sed totum legatum sit. Hic nihil interesse, quo genere legandi res relicta sit post constitutionem Justiniani, ne illud quidem, quis sit, qui non admittatur ad legatum. Sive enim legatarius ideo non admittetur, quia non vult, sive ideo, quia casu non potest, aut jure prohibetur: nihilominus totum ad collegatarium pertinebit. Hanc sententiam cum Justinianus nominatim comprobarit, ex eo intelligi debere, quicunque occurrent loci in Pandectis, in quibus scriptum sit, eum partem facere, qui non admittatur, hos perinde habendos, quasi nec scripti essent, si de jure quæratur. Hæc de postumo non nato.

Sin autem natus fuerit.) Si postumus natus sit, † hic pro confesso sumit Cajus 15
postumum natum partem facere, ut qui admittatur ad legatum. Sumit et illud pro certo, si plures postumi nati sint, omnes ad legatum admitti ex sententia, et voto patris. arg. *L. qui filiabus*, 17. §. 1. *supr. de leg.* 1. de quo vide, quæ scripsi ad *L. si fuerit, infr. eod.* Tractat Cajus, † si plures postumi 16
nati fuerint, quomodo legatum inter te, et eos postumos dividi oporteat, utrum ex virilibus portionibus, idest, æquis: an vero ita distributio facienda sit, ut omnes postumi simul non plus accipiant, quam tu. Cajus ait non plus te, quam unumquemque ex postumis capturum, sed omnes æquas partes habituros.

Hic occurritur Cajo, legatum ita dividendum fuisse, ut duæ partes æquales fiant, ex quibus unam habeant omnes postumi, alteram tu solus. Nam idem servaretur, si testator ita scripsisset, *Primus, et fratris mei filii heredes sunto.* Hic, inquam, duo semisses fierent, ex quibus unum semissem filii, alterum Primus haberet. *L. interdum; in pr. supr. de hered. inst.* Et quid interest, quæso, utrum ita heredes instituas, *Primus et fratris mei filii postumi heredes sunto*: an hoc modo, *Primus et fratris mei filius postumus heredes sunto:* quod posterius hoc loco proponitur? In priore institutione appellantur *postumi:* in posteriore appellatur *postumus* numero singulari. Sed quid refert, inquam, cum hoc verbo omnes postumi, qui nati erunt, contineantur? Plurimum vero in judicio testatoris, quod ex verbis colligitur, interest. Nam cum testator *postumos* verbo plurali nominat, apparet noluisse eum postumos omnes plus habere, quam te: cum te unum cum omnibus postumis æquarit. At cum *postumum* singulare verbo appellat, hic contra declarat, se unum postumum tecum æquare, itaque hoc velle, ut unus tantum accipiat, quantum tu: quod si pluribus natis hoc exigit, ut unus tantum accipiat, quantum alius, conficitur eum æquas partes omnibus dari voluisse.

Ad §. *Cum quidam.*

Cum quidam pluribus heredibus institutis unius fidei commisisset, ut dum moreretur, uni ex coheredibus cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quæ ad eum pervenisset: verissimum est utile esse fideicommissum: nec enim in arbitrio ejus, qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedit.

SUMMARIA.

1. *Legatum in heredis voluntate poni non potest.*
2. Illi, aut illi, utri heres volet, *recte legatur.*
3. *Hæc adjectio*, cui heres volet, *non ponit legatum in potestate heredis.* et n. 5.
4. Quondo *legatum in potestate heredis positum dicatur.*
6. *Expressa nocent, non expressa non nocent.*
7. *In hoc legato*, illi. aut illi, utri heres volet, *quandiu heres electionem habeat; et quid juris, si non elegerit*, et n. seqq. et n. 12. et seqq.
8. *Dubitationes removentur et* n. seqq.
9. *Qui* illud, aut illud *promisit, perpetuo voluntatem mutare potest.*
10. *Differentia inter electionem rerum, quas dare; et personarum, quibus dare debeas.*
11. *De loci electione.*
13. *Cum* illi. aut illi *testator legat, duos reos constituit.*
14. *Acceptilatione alterius ex duobus reis toto obligatio tollitur.*

1 JUS est, † legatum in heredis voluntate
poni non posse: ut, legatur hoc modo inutiliter. *Fundum Titio lego. si heres volet.* L.
Senatus, 43. §. legatum, supr. *de leg.* 1. Sed
2 † non ideo inutile legatum erit, si testator
legat *illi, aut illi, utri heres volet.* quod hic
3 conatur Cajus efficere ostendens. † hac adje-
ctione, *cui heres volet*, non poni legatum in
4 ejus potestate. † Esse enim tum legatum
in potestate heredis, cum testator in potestate ejus fecit, an velit dare: ut proinde non sit obligatus, qui, nisi velit, dare non cogitur. *L. sub hac conditione, D. de obl. et act.*
5 Nunc autem † hac adjectione non effici, quo-
minus heres dare necesse habeat. Habet enim necesse dare alterutri: sed hoc ei tribui, ut sit potestas pro arbitrio distribuendi, cui volet. Itaque ex illo non obligatur heres: ex hoc obligatur: ut non immerito illud non valeat, hoc valeat.

At enim, dicat aliquis, in hac adjectione, *cui volet*, inest hæc conditio. *si volet*, quoniam uni potius non dabit, quam alteri, nisi hac conditione, si volet. Ita est: sed non ideo ista similia. Hic enim locum habet regula juris,
† *expressa nocent, non expressa non nocent.* 6
L. expressa. D. *de reg. jur. L. nonnunquam, infr. de cond. et de.*

Sed esto, verbis non sint ista similia. *si volet*, et, *cui volet.* At certe hoc, *cui volet*, eandem vim habet. Ut enim alterutri dari velimus: tamen res videtur exitum reperire non posse. Nam si omnes simul legatarii, quibus testator datum voluit, legatum petant, dicet heres non recte eos petere. quia testator uni tantum datum voluit; si unus petat, dicet heres, se alium eligere: qui alius si rursum petat, heres dicet se rursum alii mutato consilio dare velle. Inutile igitur legatum, quod juxta ab eo peti non potest. Vera hæc essent, si in hoc legato heres perpetuo ele-
ctionem haberet, cui det. Sed † hanc tan- 7
tum habet a principio. cum primum legatum dare potest, si simul. atque potuit, non elegit, cui daret: omnes legatarii ad petitionem admittuntur, atque omnibus dare cogendus est. *L. cum quidam.* 24. *L. si quis Titio*, 17. §. *ult. de leg.* 2. *L. Labeo*, §. *ult. infr. de statul.*

At quomodo omnes statim admittuntur,

invito herede contra, quam a testatore cautum est? Sic enim cautum est, *heres dato* non
8 omnibus, sed ex omnibus ei, *cui voles*. † Intelligimus, hanc esse sententiam testatoris ex eo, quod testator uni saltem datum voluit. Nam si electionem heredi perpetuo dabimus, nulli unquam dabitur: quia semper heres dicet, se hunc non eligere.

9 Qui fit igitur, ut † qui *illud, aut illud* promisit, placeat, hunc perpetuo voluntatem mutare posse in ea re, quam dare velit? *L. eum, qui certarum.* §. *ult. de ver. obl.*

10 Quia † aliud efficit rerum electio, aliud personarum, quibus dare debeas. Nam in rebus disjunctim prumissis potest heres mutare voluntatem, quandiu volet, sine creditoris injuria, quoniam, ut promissor neutram det, stipulator tamen utramque recte petet sub disjunctione. id est eodem modo, quo ambæ promissæ sunt. §. *huic autem. Inst. de actio.* In electione personarum non possumus heredi electionem perpetuo dare, cui det, nisi una legatum amittatur: quoniam isto modo fiet, ut nunquam quisquam sit, qui ab eo petat. Itaque idem hic evenit, quod in alternatione plurium locorum, quibus promissor dare quid debet. Etsi enim cæteris in rebus disjunctim promissis electio est debitoris: tamen † non est in locis disjunctim comprehensis: tantum ideo, quia, si in his reo electionem dederimus, erit in ejus potestate, ne debeat, quia semper dicet, se alio loco dare velle, ut disputat Scævola in *L.* 2. §. *Scævola. D. de eo, quod cer. lo.* 11

Quod dixi, in hac specie legati herede unum non eligente, cui det, continuo omnes ad petitionem legati admitti, † non sic accipiendum est, quasi omnes simul possint legatum petere, et petitio inter eos dividatur: sed ut unusquisque possit petere solidum; sic tamen, ut occupantis sit actio, et unius petitione heres a cæteris liberetur. † Sunt enim hic duo, pluresve rei testamento constituti. *L. si Titio.* 16. *D. de leg.* 2. † Sic autem in duobus reis accidit, ut unius petitione, et acceptilatione tota tollatur obligatio. *L.* 2. *D. d duo. reis.* Convenit exemplum *L. si Titius*, 9. *D. de verb. obl.* 12 13 14

Ad §. *ult.*

Quæsitum est, si coheredes ex disparibus partibus scripti sint, utrum partes suas in viriles partes restituere singulis debeant: an pro portionibus hereditariis, ex quibus heredes scripti sunt? Et placuit, si testator ita restitui jussisset partem: si aliquam pecuniam dedissent, si quidem æquas partes jussi fuerunt dare, conveniens videri esse etiam ex fideicommisso æquas partes ei restitui oportere: si vero dispares in ea pecunia distribuenda significasset testator, ut videantur hereditariis portionibus congruere, consentaneum esse, etiam fideicommissum pro hereditariis partibus eis restitui debere.

S U M M A R I A.

1. *Si pluribus heredibus inæqualiter instititis, unus rogetur portionem suam coheredibus restituere: utrum ex æquo, an pro hereditariis partibus restituere debeat*, et n. seqq. 7. et seqq.
2. *A verborum significatione non recedendum, nisi constet, aliud sensisse testatorem*, et n. 9.
3. *Nomina propria personas designant, earumque numerum, non qualitatem.*
4. Heredis *appellatio designat qualitatem personæ.*
5. *Plures heredes sine partibus instituti ex æquo succedunt.*
6. *Pro qua parte deficientis portio accrescat collegatariis.*
8. *Personarum enumeratio quem effectum habeat.*
10. *Testatorem voluisse aliquid iniquum constituere, maxime in eos, quos dilexit, inverisimile.*
11. *Quem incommoda, eum, et commoda sequuntur.*

Tres sunt heredes instituti, Primus ex uncia: Secundus ex octo unciis: Tertius ex quadrante. Petit testator a Tertio, ut portionem suam coheredibus suis restituat: nihil

amplius, quæritur, pro quibus partibus re-
stituere debeat; utrum æquis, an pro here-
ditariis, id est, iis. ex quibus illi heredes in-
stituti sunt. Si ex æquis partibus restituitur:
dividetur fideicommissum in duas partes
æquas, ex quibus singuli unam ferent. Sin
dividitur pro portionibus hereditariis: hæc
erit distributio, ut si conjungas inter se un-
cias. ex quibus Primus, et Secundus heredes
sunt instituti, fiant novem: ita tres unciæ,
quæ restitui debent, in novem partes divi-
dentur, ex quibus unam habebit Primus, is,
qui institutus est ex una uncia: octo partes.
is. qui ex octo unciis institutus est. *L. si
plures, supr. de vulg.* Horum ergo utrum
fieri debeat, hic quæritur. Quæstio est non
juris, sed facti, id est, voluntatis. Nam con-
stat, eas partes fieri oportere, quas testator
voluerit. Dubium est, quas fieri velit. De hac
re hoc loco respondetur ex parte. Sed melius
est, ut semel de re tota dicatur, cujus deci-
sio commodissime petetur ex *L. quoties*, 23.
et L. nonnunquam, seq. infr. ad Treb.

1 Primum hic † videndum, quibus verbis
testator voluerit fideicommissum restitui co-
heredibus. Multum enim interest, an jusse-
rit restitui propriis nominibus coheredum
expressis: hoc modo. *peto a te portionem
tuam restituas Primo et Secundo* (erant au-
tem hi coheredes. et hæc nomina utriusque):
an vero jusserit restitui sub appellatione he-
redum hoc modo, *restituas coheredibus tuis*.
Propriis nominibus expressis, placet æquas
partes singulis deberi. quod si heredes nomi-
nati non sint, deberi hereditarias. *d. L. non-
nunquam, infr. ad Treb. L. si heredes.* 124.
supr. de leg. 1. Hoc ex verbis sumptum est,
2 et verborum significatione, † a qua nunquam
aliter recedendum est, quam cum manife-
stum est, aliud sensisse testatorem. *L. non ali-
3 ter, D. de leg.* 3. † Nomina enim cujusque
propria personas designant, et numerum ea-
rum, non etiam ullam earum qualitatem.
Ita qui propriis nominibus expressis vult
4 restitui pro numero personarum. † Heredis
autem appellatio non tam personam signi-
ficat, quam personæ qualitatem, cum enim
dico heredem, intelligo heredem, quatenus
heres est, nam ultra non est heres. Idcirco
his verbis, *restituas coheredibus tuis*, hoc
exprimitur, *restituas coheredibus, quatenus
heredes sunt.*

Ex hac ratione est, quod de pluribus
5 heredibus institutis traditum est, † si sint
instituti sine partibus, æqualiter institutos
videri, *L. quoties, §. heredes, supr. de her.
6 inst.* item. quod de legatariis, † si pluribus
eadem res legata sit, et unus defecerit,
ejus portionem accrescere cæteris pro viri-
libus portionibus. *L. unica, §. ubi, C. de
cad. tol.* Quippe heredes instituuntur a prin-
cipio expressis nominibus: et in legato certi
nominantur, quibus eadem res relinquitur,
ne forte mirum sit, quod inter eosdem he-
redes, partibus non expressis, inæquales in-
terdum fieri legimus. Quamquam et in here-
dibus institutis, et in legatariis alia quoque
ratio est, cur et illi æquas partes hereditatis
habeant, et hi æquas portionis deficientis
partes accipiant. Nam quas alias haberent
ii, qui prius ex inæqualibus partibus instituti
non fuerunt, quibus res ex diversis partibus
relicta non est? Iis, qui ex disparibus parti-
bus heredes instituti sunt. si quid postea ju-
betur restitui, partibus non adscriptis: non
mirum, si hic easdem partes servamus. Ha-
bemus enim judicium testatoris in una re
expositum, quod in alia simili sequamur.

Sed † quod de partibus æquis servandis 7
diximus in his coheredibus, quibus fideicom-
missum expressis singulorum nominibus re-
lictum est, perpetuum est, sive jubeantur
vicissim summam aliquam pecuniæ dare
singuli quamvis disparem, sive non jubean-
tur. † Hunc, ut dixi, effectum habet perso- 8
narum enumeratio. *d. L. si heredes, supr. de
leg.* 1. *d. L. quoties. juncta L. seq. infr. ad
Treb.* Quorsum enim singulos heredes nomi-
nat testator, nisi ut eos exæquet in hoc fidei-
commisso. qui in hereditate dispares partes
habebant: cum alioqui uno verbo rem ab-
solvere potuerit, ut diceret, *restituas cohere-
dibus?* At † non item semper dividitur 9
inter coheredes fideicommissum pro here-
ditariis portionibus, cum his jubetur dari
sub appellatione heredum. Hic enim idem
accidit, quod in omni scripto, ut a signi-
ficatione quidem verborum recedi non opor-
teat, nisi testatoris mens refragetur: cæterum
ea cognita hanc ipsam sequamur. *L. non
aliter, D. de leg.* 3. Quoties igitur paterfa-
milias unum, vel duos heredes jubet heredi-
tatem restituere coheredibus suis, nempe his
ipsis verbis adjectis, *coheredibus tuis restituas*,
tandiu visum est veteribus intelligi testato-
rem easdem partes in fideicommisso facere,
quas in hereditate fecit, idest, hereditarias,
quandiu non jubentur coheredes vicissim pe-
cuniam dare. Cæterum si jubeantur, ex hoc
voluntatem testatoris conjici posse putave-
runt, quam et ipsam conjecturam sunt secuti,
quæ pars est, quæ hoc loco deciditur, cum
ipsum locum eum planius et brevius com-
plexus videatur Julianus in *L. quoties*, 23.
infr. ad Treb. ejus verba hic adscribam, ut
sint velut interpretationis vice. *Sed si jubean-*

tur, inquit, *hi, quibus fideicommissum datur, pecuniam numerare, atque ita fideicommissum recipere: ex quantitate pecuniæ, quam dare jubentur, voluntas patrisfamilias colligenda est. Nam etsi ex disparibus partibus heredes scripti æquas partes dare jubentur: propius est, ut viriles recipere debeant, si vero summa pecuniæ dandæ congruit portionibus: hæreditarias portiones accipere debebunt:* hæc ille: tantundem Cajus hoc loco, nec amplius.

At unde hoc sumptum, videri partes viriles in fideicommisso iis datas, qui et ipsi æquas dare jussi sunt? Credo, † quod non sit 10 verisimile, testatorem eum in quemquam, tum maxime in eos, quos, ut apparet, dilexit, et quibus honorem habitum esse voluit, inique aliquid voluisse constituere, quod tamen ita fieri videtur, si iis, quibus paria onera in fideicommisso recipiendo injunxit, non paria quoque commoda tribuat. † Est enim 11 secundum naturam commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum, D. de reg. jur.*

Ad L. Si inter. 8.

Paulus *libro II. Sententiarum.*

Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit: priore defuncto, cui donatum est, ad eum res redit, qui donaverat. Quod si simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donaverit: quæstionis decidendæ gratia magis placuit valere donationem: eo maxime quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

SUMMARIA.

1. *Donationes non valent inter virum, et uxorem.*
2. *Morte tamen donatoris confirmantur, si is prior decesserit, non mutata voluntate.*
3. *Item, si uterque simul decesserit*, et n. seqq.
4. *Non decessit prior, qui simul cum altero, decessit.*
5. *Deficiente conditione legis, cessat lex.*
6. *Eventu quomodo confirmentur donationes inter conjuges.*

1 Sciendum est, † ita primum obtinuisse moribus Romanorum, ut donationes inter virum et uxorem non valerent ob eas caussas, quæ referuntur in *L.* 1. 2. *et* 3. *supr. de don. int. vir. et uxo.* † Postea constitutione Marci 2 Antonini ad aliquem modum sunt confirmatæ, quæ constitutio exstat in *L. eum hic statuas, supr. de donat. int. vir. et uxor.* Ea lege ita cautum est, si is qui donavit, prius decesserit, quam eum pœniteret: heredem donatum eripere non posse: *d. L. cum hic status.* §. 1. quod si prior vita decesserit, qui donatum accepit, tum plane donationem non valere. *d. L.* §. *si ambo.* De iis conjugibus, qui pariter decesserunt, nihil in lege scriptum est. Ideo quæritur, quid de istorum donatione judicandum sit, et utrum valeat, necne.

Si non appareat, uter prius decesserit, de quo nunc agitur, difficilem esse quæstionem, ait Ulpianus in *d.* §. *si ambo*, propterea quod, si de facto quæritur, marito et uxore pariter decedentibus, nunquam alterum alteri supervixisse credimus, ut postea dicam ad *L. prox.* §. 1. Si de jure, hæc species superiore lege prætermissa est, ut videtur, nec contra priores leges faciles esse debemus ad donationes tuendas, quæ moribus non valuerunt. Sed † placuit et Paulo hoc loco, et Ulpiano 3 in *d.* §. *si ambo*, donationem in hac specie ex superiore illa lege satis defendi, etiamsi ambos simul et uno momento decessisse concedamus. Tuetur hanc sententiam Ulpianus etiam verbis legis. Nam in ea ita scriptum est, donationem non valere, si is, qui donatum accepit, prius decesserit. Ex quo colligitur,

si prius non decesserit, donationem valere.
4 † Verum est autem, eum non decessisse
5 priorem, qui pariter decessit. Innuit, † quoties aliquid infirmatur lege, aut conceditur certa conditione, ea conditione cessante legi locum non esse. An enim ea conditio frustra adjicitur? Simile argumentum est Papiniani in *L. 1. vers. hujus, supr. de off. ejus, cui mand. est juris.* Paulus autem hoc loco eandem sententiam defendit non verbis legis, sed sententia: quia scilicet in hoc casu, qui lege est prætermissus, per caussa, et ratio est cum eo, in quo constituitur donationem valere. Vult enim lex, si is, qui donavit decesserit, heredem ejus donatum eripere non posse: addit, durum hoc, et avarum esse. Ex quibus verbis intelligitur, Imperatorem ita judicasse, et constituisse donatorem idoneam personam esse, quæ donationem revocaret: heredem ejus non item. Id si valet, donatore prius mortuo: valere debet et donatore pariter decedente. Nam et hoc casu non superest donator, qui rem possit condicere, ut hic Paulus loquitur. Sunt ei, qui prius decessit, heredes: verum heredibus ejus donationem eripere non conceditur. Cur magis ejus heredibus, qui pariter decessit, condictio dabitur? huc facit *L. illud. D. ad L. aquil. L. a Titio, in fin. D. de verb. obl. L. non possunt, et seq. D. de legib.*

Quærunt hic, quomodo donatio, quæ ab initio non valuit, eventu confirmetur. Quæ quæstio non magis ad hunc locum, quam ad omnem confirmationem donationis inter virum et uxorem pertinet. Dicam tamen breviter, † nihil hic tractu temporis confirmari, 6
sed lege: nec confirmari donationem inter virum et uxorem, sed donationem mortis caussa, utpote quæ solum morte donatoris confirmetur. *L. in donationibus C. ad L. Falcid.*

Ad L. *Qui duos.* 9.

Triphoninus *lib. XXI. Disputationum.*

Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus moreretur, Titium substituit, duo impuberes simul in navi perierunt: quæsitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi si ordine vita decessissent: priori mortuo frater ab intestato heres erit; posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quæstione ubi simul perierunt: utrum quia neuter frater superstes fuerit, quasi utrique ultimi decessisse videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumatur, quæritur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit. Nam et qui unicum filium habet, si supremo morienti substituit non videtur inutiliter substituisse. Et proximus adgnatus intelligitur, etiam qui solus est, quique neminem antecedit, et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes, fuit, ultimi primique obierunt.

S U M M A R I A.

1. *Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, substitutus, si ambo simul perierint, utrique heres erit,* et n. 21.
2. *Contraria argumenta proponuntur, et solvuntur,* et n. seqq. 12. et seqq.
3. *Non decessit postremus qui simul cum altero periit.*
4. Supremus *dicitur etiam qui solus est.* et n. 5. 9.
6. Proximus *dicitur et qui omnes antecedit, et qui solus est.* et seqq.
10. *Impropria significatio propriæ præfertur, ne pereat substitutio.*
11. *In re dubia id agendum, ut res valeat potius, quam pereat.*
14. *Ubi duo simul quidpiam facere, neuter id ei potest* primus.
15. *Legatum relictum ei, qui primus quid fecerit, duobus simul facientibus, neutri debetur.*
17. *Exponitur* L. si ejus. 34. D. ad S C. Trebell. et n. seqq.
18. *An, et quando mater excludat substitutum,* seqq. et n. 22.
19. *Substituens* novissimo *jus legitimarum hereditatum conservat.*
20. *Semper in dubiis benigniora præferenda.*
23. *Frater fratri non necessarius, sed voluntarius est heres.*

Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus morietur, Titium substituit. Ambo impuberes cum in nave essent, navi fracta, simul perierunt: aut, cum essent in eodem cœnaculo, ruina cœnaculi simul oppressi sunt, quæsitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur. Nam, ut verba sunt substitutionis, non videtur locus esse substituto. Substitutus est Titius ei, qui supremus mortuus esset. Neuter autem ex his postremus, simul enim decesserunt. Triphoninus, demonstrata prius testatoris voluntate, quasi hæc fuerit, ut vellet substitutum utriusque impuberis habere hereditatem; probata præterea significatione verbi *supremus*, quasi uterque recte dici possit supremus, † statuit 1
et ex verbis substitutionis, et testatoris sententia substitutum in proposito utrique impuberi heredem futurum. Quod totum ut possit intelligi, videndum est diligenter, quæ huic sententiæ adversentur. In his diluendis et removendis occupatum esse Triphoninum reperiemus. Ita etiam quid agat, quidque velit, facile intelligetur.

Ac prima fronte † huic sententiæ et verba 2
substitutionis refragari videntur, et voluntas

testatoris. Nam de contrariis sententiis nihil dicit Triphoninus contentus suam confirmare. Quod ad verba attinet, substitutus est
3 Titius ei qui supremus morietur. ✝ Non decessit postremus ex duobus, qui simul cum altero decessit. Dicitur enim postremus, sive posterior ex comparatione prioris, et *comparatio posterioris decedentis*, inquit, *ex facto prioris mortui sumitur*: id est, non decedit quisquam posterior, nisi sit aliquis, qui prior mortuus fuerit. Hic autem neuter altero prior decessit, ergo nec posterior, seu postremus.

Ad hoc Triphoninus respondet in extremo
4 responsi. Fatetur, ✝ *supremum* ita proprie dici, quem alius præcedit, et quem nemo
5 sequitur: sed idem ostendit ✝ *supremum*, seu *novissimum* etiam recte dici eum, qui solus sit, quem eumdem nemo sequatur, quemad-
6 modum, inquit, ✝ proximus is proprie est, qui ex pluribus est primus, quique cæteros
7 antecedit, sed ✝ is etiam intelligitur proximus, qui solus est, is scilicet, quem nemo antecedat. Sic proximus agnatus accipitur in lege duodecim Tabularum. §. *si plures, Inst. de leg. ag. succ. L. proximus. D. de verb. sig.*
8 Et in summa ut ✝ a proximus ex comparatione priorum recte dicitur, qui nullum se
9 priorem habet: sic ✝ supremus recte ex comparatione posteriorum, ut sit is, quem nemo sequitur, etiam si et hic, et ille ambo sint soli. Supremum autem de eo dici, qui solus est, usitatum esse docet in substitutionibus: ut eum pater substituit ei filio, qui supremum morietur, quam substitutionem utilem esse omnes concedunt etiam in eo, qui unum tantum filium habet. Exemplum habes in *L. ex duobus, supr. de vulg.* Ita fit, ut, cum in proposita specie ambo impuberes ii sint, post quos alius non decesserit, ambo supremi decessisse recte dicantur.

Sed, cum *supremus* duobus modis dicatur, ut modo dixi: uno modo, quem alius præcedit, quem eumdem nemo sequitur: altero, quem nemo sequitur, etiam si sit solus: cur Triphoninus hoc loco posteriorem significationem potius eligit; præsertim quam con-
10 stet minus esse propriam? ✝ quia ita necesse
11 est, ut substitutio valeat. ✝ In re autem dubia id agendum est semper, ut res valeat potius, quam pereat. *L. quoties in actionibus, infr. eod.*

12 Sed ✝ esto, substitutus hic admittatur ad hereditatem utriusque ex verbis substitutionis: at voluntas repugnat, dixerit quispiam, quominus admittatur. Nam his verbis, *ei qui novissimus morietur*, testator aperte voluit substitutum uni succedere, non utrique, non ergo utrique succedet contra voluntatem, pro qua sententia facit *L. sequens*. Et hoc quoque Triphoninus expedit in principio responsi, probat enim, in hac specie testatoris hanc esse mentem, ut substitutus utriusque impuberis hereditatem habeat. Id quod ita intelligi potuit, si impuberes ordine vita decessissent. Sic enim eveniret, ut priori mortuo frater superstes heres esset, huic autem fratri postea decedenti heres esset substitutus: sed ita, ut in ea hereditate etiam ante defuncti filii haberet hereditatem: quippe quæ ad posteriorem virum pertinere cœpisset. Est autem in hereditate cuiusque, quod is cum moritur, habuit.

Quorsum igitur hoc de ordine succedendi inter istos, si ordine decedant, cum ✝ pro- 13
posita sit quæstio de iis, qui simul vita decesserunt? Ut intelligatur, quod supra posui, testatorem hoc animo esse, ut substitutus utriusque hereditatem habeat. Quid tum præterea? ut intelligatur hoc quoque substitutum utrique succedere, idque recte defendi et verbis testatoris, et sententia.

Hæc de sententia Triphonini. Sed eum hac sententia nonnulli loci pugnare videntur. Ac primum ✝ ex sequenti capite col- 14
ligitur, quoties duo simul et pariter quid fecerunt, neutrum ex his dici posse primum, et ideo, ✝ si ei qui primus quid fecisset, 15
quid legatum esset, ambobus simul idem facientibus, placet neutri legatum deberi. At deberetur utrique ex Triphonini sententia, quia ille defenderet, utrosque esse primos, quos nemo præcessisset, etiam si essent soli. Quod si neuter istorum primus est, neuter ne supremus quidem iudicandus est.

Sed ✝ observandum est, in ea specie, cum 16
ei qui primus, aut supremus quid fecisset, aliquid legatur, et duo pariter idem faciunt, quod dicitur neutri legatum deberi, non in eo caussam esse, quod neuter ex iis dici possit primus, aut supremus: sed quod non ita legatum sit, ut testator duobus legatum velit. Voluit enim uni dari, de eo si potest constare, huic dabitur. quoniam non potest, nihil agitur. In hac specie, quam tractamus, cum ad utrosque qui pariter idem fecerunt, voluntas testatoris ex æquo pertineat, non tam his ambobus ex verbis, quam ex iudicio testatoris succeditur. Ita in his caussis voluntas dissimilis testatoris jus diversum postulat.

Sed videamus, ne in eadem specie contrarium scriptum sit a Marciano in *L. si ejus, 34. infr. ad Treb.* Nam hoc loco, qui duos impuberes filios habebat, ei qui novissimus morietur. Titium substituit dire-

17 cto. † In d. L. *si ejus*, idem pater ex duobus filiis ei, qui novissimus moreretur, Titium substituit precario, idest, petiit ab eo, qui novissimus moreretur, ut portionem hereditatis Titio restitueret. Similia hæc plane sunt. Quid enim interest, utrum Titius substituatur impuberibus directo, an precario, tum in utroque eadem sit voluntas testatoris id agentis, ut aliqua via hereditas sua ad Titium perveniat, et semper eadem personarum incertitudo sit, si ambo impuberes pariter decesserint? Illic tamen scriptum est, si pariter decedant, substitutum, si non ostenderet, quis novissimus objisset, ad partem hereditatis non admitti: sed matrem ex Tertylliano ad utriusque hereditatem admitti constare.

18 Non sunt vero hæc contraria; sed † eo loco admonemur, quod dicitur, impuberibus pariter decedentibus, substitutum ad utriusque hereditatem admitti, tum recte dici, cum impuberes matrem non habuerunt superstitem. Et sane de his agi a Triphonino in hoc loco, licet intelligere ex eo, quod ait, priori fratri mortuo fratrem ejus intestato heredem futurum. Nam si is, matre superstite, decessisset: hæc heres esset defuncto ex Tertylliano, non defuncti frater. *Tit. de Senat. Ter. Inst.* Substitutus igitur, ambobus pariter, matre defuncta, decedentibus, utrique heres erit, quia nullus est alius, qui jure suo alterutrius hereditatem ad se revocet, et in ea obstet substituto. At si mater vivet: rectissime dictum est, excluso substituto, matrem utriusque hereditatem habituram: idque vel jure, vel adeo verbis et sententia te-

19 statoris. † Sciendum est enim, cum testator substituit *novissimo*, hac adjectione eum id agere, ut in priorum decedentium hereditate nihil juris habeat substitutus, sed jus legitimarum hereditatum integrum legitimis heredibus conservetur. *L. vel singulis, supr. de vulg.* Ergo, uno ex his primum decedente, aut mater ei heres sit: aut, si mater non est, sit heres defuncti frater. Hoc posito, ambobus pariter decedentibus, vel substituti sententia necesse est matrem ad utriusque hereditatem admitti. Quidquid enim ille pro se dicet, ut utrique succedat: eadem pro matre adversus eum convertentur. Titius utrique heres esse vult; quia substitutus est novissimo, et uterque est novissimus. Hac ipsa ratione mater utrique heres esse debebit. Mater enim et jure, et judicio testatoris vocatur ad hereditatem ejus, qui primus decesserit, et ambo sunt primi. Haetenus igitur mater, et substitutus in pari caussa sunt, hoc quæritur, utrum potius ambos impuberes pro commodo matris judicare debeamus primos: an ambos pro commodo substituti supremos. Non dubium est vero, utrum sit benignius, et magis voluntati testatoris consentaneum; matrem admitti ad filii hereditatem, an extraneum. Matrem igitur admittemus potius. † Semper enim in 20
dubiis benigniora præferenda sunt, præsertim cum ex his voluntas testatoris conservetur. *L. semper in dubiis, D. de reg. jur. L. seq. §. ult. L. benignius, D. de legi. et Senat.*

Summa hæc sit. † In hac hypothesi, cum 21
impuberes ambo simul decesserunt, substitutus ambobus heres erit, et verbis substitutionis, quia *novissimus* recte dicitur, quem nemo sequitur, quod hic accidit: et sententia testatoris, quia testator Titium novissimo substituendo voluit, eum etiam prioris hereditatem habere per novissimum, qui priori successerat, † hoc ita accipiendum est, si 22
defunctis impuberibus mater non erit. Si erit, hæc substitutum excludet, et utrique ab intestato heres erit vel judicio ipso testatoris, vel quod in pari caussa æquius sit matrem filio succedere.

Quod ait Triphoninus, *priori mortuo frater ab intestato heres erit:* † heres erit, sic 23
accipe, si volet, nam ipso jure frater fratri heres non exsistit, cum non sit necessarius heres fratri, cujus in potestate non fuit. *§. sui autem, Inst. de her. quali. et diff.*

Ad §. *Cum in bello.*

Cum in bello pater cum filio perisset, materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset; divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.

SUMMARIA.

1. *Ubi alteri superstiti aliquid per alterius mortem defertur, utroque simul pereunte, nihil debetur, nisi statui possit, alterum alteri supervixisse.*
2. *Ex duobus, qui simul perierint, nunquam alteri alter supervixisse creditur, nisi alter sit pater, materve; alter filius, vel filia.* et n. 5.
3. *Legatum uxori a marito relictum non debetur, si simul perierint.*
4. *Si duo fratres impuberes invicem substituti simul perierint: neuter alteri heres erit.*
6. *Si pater, materve una cum filio perierit: filio impuberi pater, materve; pubes autem patri, aut matri supervixisse creditur.* et seqq. et n. 13.
8. *Parentes in liberis pro affectu magis terrentur.*
11. *Si pater, et filius simul perierint, quisnam, in bonis cujusque eorum succedat.*
12. *Sui heredes existunt etiam ignorantes.*

Tractatur hoc §. et sequentibus usque ad finem capitis de duobus, qui pariter obierunt, tractatur idem *L. quod de pariter*, 16. et duabus seqq. in *L. eum pubere*, 22. et *L. seq. infr. eod.* Quæstio hanc habet occasionem. Sciendum est enim, nobis multa deferri ab aliis, aut promitti sub conditione, si is prius decesserit; nos simus superstites; aut si quis unus prius decesserit, alius autem quivis postea: ut puta, defuncti patris hereditas defertur filio, nempe superstiti: sic cujusvis hereditas heredi, qui superstes erit: et impuberis hereditas ab substitutum pertinet, si impubes prius decesserit: et legatum ad legatarium, si prius decesserit testator, quæ exempla sunt in *L. idem est.* 17. et *L. sed et in illo, seq. infr. eod.* Interdum convenit, ut dos apud maritum maneat, si mulier in matrimonio decesserit: si decesserit aut filium superstitem habens, aut ipsa superstes filio, ut hic. §. *si maritus*,
1 et *L. inter*, *D. de pac. dot.* † In hac conditione certum est, si is, cui ista deferuntur, et is, a quo ea exspectantur, ambo pariter decesserint, nihil deberi, si modo non possit, aut debeat hoc statui, alterum altero prius decessisse. Quod si potest, aut debet, contra. Hinc illa quæstio, an possit, et debeat. Quæ, quo magis res tota intelligatur, apertius et explicatius a me proponetur.

Igitur quoties aliquid alicui defertur, *si ille, aut ille prius decesserit:* et si quem prius decedere oportebat et is, qui postea sequi, pariter ambo decesserunt aut bello, aut ruina aut naufragio, et similibus casibus, necesse est quæri, utrum statuendum sit, utrumque eodem momento decessisse: an vero credendum, alterum altero decessisse prius: et, si id credi par est, utrum credendum sit prius id fecisse. De quo ex iis locis, quos initio proposui, commode ita posse statui videtur, ut subjiciam. Igitur, † si hic qui 2
simul perierunt, non sunt pater et filius filiave; mater, et filius filiave: receptum est, nunquam credi alterum altero prius decessisse, et ideo nec alterum alteri supervixisse. Et hæc summa est exemplorum, quæ proponuntur in *L. idem*, et *L. sed et in illo, seq. hic.* utputa, † maritus uxori aliquid legavit, 3
simul maritus et uxor obierunt, uxori nihil debebitur, eoque nec ad heredes transmittet quidquam. † Impuberes duo fratres invicem 4
substituti sunt, aut pubes impuberi, simul perierunt, neuter alteri heres exsistet; quia neuter alteri fuit superstes. † Quæ sententia 5
hanc rationem habere mihi videtur, quod in omnibus extraneis, idest iis, quorum unus pater non est, aut mater; alter filius, aut filia, nihil proponitur proprium, quamobrem credi debeat, alterum alteri supervixisse; alterum altero prius decessisse. Etenim commune periculum est omnium, dolor et metus privatim singulorum is, ut de se unusquisque cogitet, non de cæteris: aut, si cogitet de cæteris, non tamen illorum periculo potius afficiatur, quam suo; ne forte quis dicat

hunc dolorem et metum ad mortem accelerandam quidquam momenti attulisse. Et quamvis unus ex his impubes sit, eoque infirmior: alter pubes et robustior: non tamen ideo credi par est infirmiorem prius decessisse. Fieri enim potest, ut impubes minus læsus sit ex ruina aut ex vulnere, aut læsus sit posterius, et ob id etiam diutius vixerit.

Quod si pater sit, et filius; mater et filius, qui pariter decesserint: personarum conditio aliam admittit interpretationem. Et generaliter creditum est, alterum alteri supervixisse, sed patrem alias, alias filium. In quo hæc
6 distinctio veteribus placuit. Nam † si pater materve cum filio impubere perierit, crediderunt prius decessisse impuberem: et patrem, matremve filio, supervixisse, *hac L. qui duos, in fin. L. si mulier, 23. infr. eo. L. inter, supr. de pac. dot.* Sin esset filius pubes, cum quo pater, aut mater periisset: crediderunt contra, patrem, prius mortuum esse, filium diutius vixisse. *ead. L. qui duos, §. ult. L. cum pubere, infr. eo.* Cujus sententiæ ratio nobis explicanda est. Quid enim ad mortem celeriorem, aut tardiorem facere videtur personæ patris conditio? aut si quid facit, cur aliud in filio impubere, quam pubere placet?

Et præclare utrumque a veteribus consti-
7 tutum est. † Necesse est enim, cum existimari prius decessisse, in quo justæ sunt caussæ natura, cur prius decederet, quandiu nihil contra naturæ consuetum ordinem in eo factum probetur. At in extraneis cur unus alio prior moriatur, caussæ natura nullæ sunt. Cur autem pater prius, quam filius pubes, multæ, quas, nisi quid, ut dixi, contra, probetur, sequi oportet. Nam ut cætera in patre et filio fere sint paria, quæ pertinent ad vires et firmitatem corporis: at amor incredibilis et affectus patris erga filium omnia suadent, ut illum prius decessisse credamus. Credibile est enim illum sollicitum de casu filii aut se in præsens periculum conjecisse, ut filium servaret: aut, si id non fecit, tamen dolore ex casu filii concepto exanimatum
8 citius vitam finivisse. Nam † hoc vere dictum est a Paulo in *L. isti quidem, in fi. D. quod met. cau.* parentes in liberis pro affectu magis terreri.

Cur ergo in filio impubere non idem dicimus? non enim dubium est hoc eodem affectu esse patrem erga filios impuberes, atque adeo majore, ut erga eos quibus magis timemus, et quorum etiam nos miseret propter ipsorum infirmitatem. Et sane idem dicendum esset, cum sint in eo cætera omnia similia: nisi prohiberet personæ ipsius impuberis. In quo † multa concurrunt, quæ 9
hanc conjecturam extorqueant, si ambo, filius impubes, et pater, eodem loco et tempore in idem periculum inciderint, impuberem prius decessisse, quam patrem: terror scilicet summus impuberis, impatientia doloris, infirmitas virium et corporis. Credibile est, impuberem in tumultu repentino, et omnium consternatione, ac præsertim patris, a quo unu pendebat, in præsenti periculo statim terrore exanimatum esse. Nam pueri, in quibus nullus est usus, et qui omnia majora quam sunt, judicant propter imperitiam ætatis, rebus quibusque etiam levissimis terrentur. Impatientia doloris in ea ætate summa, ut quæ ejusmodi malis ferendis non sit adsueta. Hæc mortem accelleravit. Infirmitas autem corporis facit, ut pueri minus possint morti obsistere. Summa ergo ratio est, cur existimetur impubes prius decessisse.

Neque tamen ex persona solius impuberis id ita colligeremus, nisi judicaremus patrem et filium eodem loco fuisse, nam † si diver- 10
sis in locis essent, nihil prohiberet patrem aut prius esse oppressum, aut læsum esse vehementius, et ob id etiam impuberem vixisse diutius: quod de duobus extraneis supra dixi. Nunc autem ambos eodem in loco esse natura suadet, ut credamus. Credibile est enim impuberem a latere patris non discedere, aut si ab eo abesset, tamen illum, casu exturto, in sinum patris, et tutelam confugisse; aut patrem ad suscipiendum et servandum impuberem ultro accurrisse. Quæ res facit, ut cum pater neque prius læsus sit, neque gravius, quam impubes, quia scilicet ambo eodem in loco fuerint, in pari casu, et ictu credendum sit patrem diutius vixisse ob eas caussas quasi commemoravi.

Hujus differentiæ † effectus hic est, ut, 11
si impubes cum patre simul perierit: mater filio succedat in ea bona dumtaxat, quæ filius prius habuit: agnati autem patris succedant patri. Sin decessserit pater cum filio pubere, jus commutetur, qui effectus et in *§. ult. hujus L.* et in hoc *§. cum bello*, ostenditur, ubi species hæc proponitur. Pater et filius, cum ambo militarent, in acie ambo perierunt, quibus mortuis existunt duo genera heredum, qui istorum bona vindicent: mater impuberis, et agnati patris. Agnati hereditatem patris vindicant: et recte vindicant, si modo filius patri non successit. Liberis enim non exstantibus agnati defuncto legitimi heredes sunt. *Tit. de leg. ag. suc. Inst.* Ergo ob hanc caussam agnati dicunt, filium prius decessisse. Mater contra vindi-

rat bona filii, et vindicat tanquam postea
mortui; hoc consilio videlicet, ut bona om-
nia habeat, non tantum quæ fuerunt olim
filii, vivo patre: sed etiam bona patris, at-
que ita agnati excludantur. Nam si pater
prius mortuus est, ut mater contendit; filius
patri mortuo statim heres exstitit ipso jure,
etiamsi in eo periculo non potuerit de he-
12 reditate patris cogitare. ✝ Sui enim heredes
exsistunt etiam ignorantes, §. *sui autem.*
Inst. de here. quæ ab intest. Si patri heres
fuit, mater postea filio succedendo ex Sena-
tusconsulto Tertylliano et bona filii habebit,
et in his bonis hereditatem patris, quæ filio
prjos quæsita una cum reliquis ejus bonis
ad quosvis heredes transmittitur. *L.* 3 *C.*
de ju. del. Quæritur igitur, uter prius de-
cessisse intelligatur, pater, an filius. Et con-
venienter superioribus ✝ Hadrianus Impera- 13.
tor credidit, patrem prius mortuum. Nam
quod proponitur hic filius cum patre bello
decessisse, satis declarat, filium fuisse pube-
rem, impuberes enim ad bellum duci non
solent. Et quod dicitur, matrem utriusque
bona habituram, et patris et filii, non est
hic favor matris, propter quem id constitui-
tur, nam quicunque alii heredes essent, idem
probaremus, hac *L.* §. *ultim.*

Ad §. *Si cum filio.*

Si cum filio suo libertus simul perierit: intestati patrono legiti-
ma defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius.
Hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.

SUMMARIA.

1. *Patre, et filio impubere simul pereuntibus, pater filio supervixisse censetur, etiam in contractibus.*
2. *Patronus legitimus heres liberto.*
3. *Cur, liberto decedente simul cum filio, pater filio supervixisse existimetur.* et n. 4.
5. *Patri, qui una cum filio periit supervixisse filius non creditur, si ejus voluntas, de cujus bonis agitur, adversetur. Exponitur* L. ex facto, 17, §. si quis, 7. D. ad S. C. Trebell.
6. *Semper id agendum, ut ne fideicommissum intercidat.*
7. *Publice expedit, supremas hominum voluntas exitum habere.*
8. *Si testator fideicommissum ab herede reliquerit,* si heres, liberis superstitibus, decederet, *ne scilicet bona ad eos pervenirent: patre simul cum filio pereunte, credendum erit filium diutius vixisse.*

Ex tribus partibus distinctionis ejus, quam
supra explicavimus, prima illa sententia,
quæ de duobus extraneis pariter decedenti-
bus posita est, perpetua est. Etiam illam al-
teram ratam esse animadverto, qua placet;
patre et filio impubere simul decedentibus,
1 intelligi patrem postea mortuum: ✝ admit-
titur enim a Papiniano etiam in contracti-
bus in *L. inter. supr. de pac. dot.* Hæc po-
strema, qua placet, si pater cum filio pubere
simul obierit, credendum esse filium super-
vixisse, non item videtur esse explorati juris.
nam primum cum ea pugnare videtur, quod
in hoc §. *si cum filio* scriptum est. *Si cum*
filio suo, inquit Triphoninus, *libertus simul*
perierit: intestati liberti patrono legitima
defertur hereditas: quod nihil aliud est, nisi
libertum, eumdemque patrem filii prius non
decessisse, nec filium patri supervixisse. Nam
si supervixisset, hic intestato patri heres ex-
stitisset, non patronus. Sic enim ✝ jus est, 2
ut patronus liberto intestato sit heres: sed
hac conditione, si libertus sine liberis deces-
serit. *Tit. inst. de succ. lib.*

Sed hoc solvitur a Triphonino eodem loco.
Ait enim, ✝ hoc se ideo dicere, quia reveren- 3
tia patronatus hanc interpretationem sugge-
rat. Fit contra reverentiam patrono debitam
a liberto, si in successione liberti in re dubia
quamquam heredem extraneum patrono
præferamus. Est et hoc contra eandem reve-
rentiam, quod, si alii heredi utramque here-
ditatem liberti et filii ejus vindicanti credi-
tur, patrem prius decessisse: imponimus ne-
cessitatem patrono, ut probet, illum decessis-
se simul cum filio. Erat autem convenientius
hunc honorem exhiberi patrono, ut in pari
caossa potius ab adversario probationem rei

dubiæ, quam dicit, exigeremus. Ergo hoc
responsum superiori sententiæ contrarium?
nequaquam, sed Triphoninus ea ratione, qua
hic usus est, nos admonet, quod dicitur,
cum pater cum filio pubere periit, videri
patrem prius mortuum, hactenus verum esse,
quoad ita interpretando injuriam non facie-
mus, eum heredem a successione patris re-
movendo, quem præcipue ei succedere æ-
quum erat, ut patronum. Nam id si fiet:
pietati, et æquitati locum potius dabimus.

Nec quisquam nobis illud objiciat, liber-
tum non minus patrem esse filio suo, quia
sit libertus; quare et in hunc easdem caus-
sas cadere, cur existimetur, ut pater prius
decessisse natura. Iniquum et absurdum esse
cum in hoc eadem sit persona, quæ in cæte-
ris patribus eadem ratio: denique cum om-
nia alia sint paria in eo, quod pater est: ta-
men in aliis patribus hoc dici eos prius de-
cessisse; in liberto patre contra eum prius
decessisse non existimari, idest, in eadem
caussa jus diversum constitui contra *L. illud.
D. ad leg. Aq.* Nihil ad rem pertinere, quod
patrono reverentia debeatur, hanc enim re-
verentiam non fecisse, quominus libertus
pater fuerit, et ita affectus in filium, ut sunt
cæteri patres in liberos, ac proinde ita deces-
4 serit, ut cæteri parentes solent. † Nihil hæc
nos moveat. Omnia in patre liberto cum
cæteris patribus communia, fateor: addo
etiam, credibile esse et hunc prius decessisse,
quam filium. Sed, quidquid hic dixerimus,
præsumptio tantum est: nec necesse est ita
semper evenire. Hoc dicimus non tantum
huic præsumptioni tribuendum esse in re
dubia, ut, si hanc secuti, periculum sit, ne
contra pietatem, aut reverentiam natura de-
bitam faciamus, nihil amplius exigere debea-
mus: sed debere de re prius certo constare,
de qua si non constet, sola præsumptio pa-
trono, et æquitati non nocebit.

Sed nondum hoc satis, ut videtur, ut ge-
neraliter definiamus, patre et filio pubere
simul decedentibus, patrem videri prius
mortuum, ubi nihil contra bonos mores fa-
ciamus. Nam etsi proponatur ea persona pa-
tris hereditatem vindicare, cui nulla reve-
rentia a defuncto debeatur: tamen patrem
prius non decessisse respondit Ulpianus in
*L. ex facto, 17. §. si quis autem, infr. ad
Treb.* Proponitur apud eum testator petiisse
ab herede, quem instituerat, ut si is sine li-
beris decederet, hereditatem Titio restitue-
ret: heres, qui filium habebat, una cum
filio in nave periit: quæritur de fideicom-
misso. Ulpianus ait, si non probetur, uter
prius decesserit, extitisse fideicommissi con-
ditionem, ac proinde fideicommissum deberi.
Ergo aperte hoc dicit, patrem decessisse sine
liberis, nam hæc erat conditio *si sine liberis
decessisset.* Ergo ante filium non decessit,
non enim decederet sine liberis, qui decedens
filium haberet adhuc viventem, quem relin-
queret. Atqui proponitur heres rogatus he-
reditatem restituere extraneo, et cui nulla
reverentia non magis debeatur, quam here-
dibus legitimis testatoris.

Et observandum est, agi in eo ab Ulpiano
de voluntate testatoris: hanc intercidere, si
patrem prius mortuum in ea specie respon-
deamus: ut appareat, quod quidam recte
censuerunt, voluntatis tuendæ caussa supe-
rius illud ab Ulpiano esse responsum. Nem-
pe eo loco rursum admonemur, non in
priore tantum exceptione consistendum esse,
sed, † generaliter esse definiendum, tandiu, 5
patre et filio pariter mortuis, credendum
esse, patrem prius decessisse, quandiu nihil
fiat contra voluntate agitur. Ubi autem ita
interpretando contra eam faciemus, iniquum
esse sola hac præsumptione adversus senten-
tiam auctoris niti, eamque conari isto modo,
evertere. Et ideo si de ea re agatur, quæ su-
pra scripta conditione a lege deferatur, ut
de hereditate legitima patris, et impuberis,
de quo genere agitur in *§. cum bello, et §.
ult. hujus L. qui duos:* sequimur superiorem
præsumptionem ideo, quia, sive quis succe-
dat impuberi, utrobique succeditur ex volun-
tate legis: nec quidquam fit contra eam,
nisi ubi aliquem heredem admittendo ab
hereditatem filii ex hac præsumptione, læ-
dimus pietatem aut reverentiam patroni:
itaque eum id fit, quasi id quoque sit con-
tra voluntatem legis, ea præsumptione nos
non uti, supra diximus. Quod si agetur de
re, quæ judicio testatoris deferatur, eadem
regula utentes dicemus, si superior illa præ-
sumptio valeat ad voluntatem testatoris con-
servandam: hanc fideicommissario profutu-
ram ad fideicommissi persecutionem. Sin ea
admissa, intereidat fideicommissum; sic rem
nos esse interpretaturos, ut non credantur,
pater et filius aliter, quam simul decessisse,
quo voluntas conservetur. Huc illa pertinent:
† in testamentis semper in re dubia id agen- 6
dum esse, ut voluntas salva sit sive ne fidei-
commissum intercidat: *L. cogi, infr. ad Treb.*
item, † publice expedire supremas testan- 7
tium voluntates exitum habere. *L. vel nega-
re, supr. testam. quemad. aper.*

8 Proinde † fingamus, testatorem instituisse
quem sibi heredem: ejus heredis filios eum
odio haberet, fideicommissum ab eo ita reli-
quisse, *si liberis superstitibus, decessisset,* re-

ritum scilicet, ne hereditas ad eos rediret. Si heres, qui filium unum haberet, cum eo filio simul decesserit: mutata ratione, dicemus, patrem videri prius decessisse: quoniam id rursum efficit, ne voluntas intercidat.

Ad §. *Si maritus.*

Si maritus, et uxor simul perierint: stipulatio de dote ex capitulo, *si mulier in matrimonio decessisset*, habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse.

Ad §. *Si Lucius Titius.*

Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit: intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse; et filii hereditas successoribus ejus defertur, nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

SUMMARIUM.

1. *Si vir, et uxor simul perierint: stipulatus dotem sibi reddi, si in matrimonio mulier decederet, dotem repetere potest, nisi illa viro superstes fuisse probetur.*

Extraneus, cum dotem pro muliere daret, stipulatus est dotem sibi reddi hac conditione, *si in matrimonio mulier decessisset.*
1 Maritus, et uxor simul perierunt. † Triphoninus ait, nisi probetur mulierem viro fuisse superstitem, et ita maritum prius decessisse, stipulationem de dote locum habituram. Significat, hoc casu mulierem in matrimonio decessisse, sive quod ante maritum credatur obiisse, sive quod simul cum marito. Ea enim decedit in matrimonio, quæ, stante matrimonio, decedit. Stat autem, quandiu non est dissolutum: nec dissolvitur, nisi aut altera prius mortuo, aut ambobus simul. Sed utrum credendum est potius, an decessisse mulierem ante maritum, an una cum eo? Et in *L. idem*, et *L. seq.* scriptum est, neutrum alteri supervixisse. Quidam putant adversari huic loco *L. quod de pariter. infr. eod.* non recte, ut eo loco dicemus.

Ad L. *Si ita fuerit*. 10.

Ulpianus *lib. 6. Disputationum.*

Si ita fuerit legatum relictum, ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit: si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit; an impedietur legatum? vel, si ei, qui monumentum fecerit: et plures fecerint? vel ei, qui maximus natu est, et duo pares ætate sint? Sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint æqua charitate conjuncti. Sed et si duobus ejusdem nominis fuerit legatum (puta, Semproniis) mox Sempronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit: utrum datio in utrinsque persona infringatur, an ademptio nulla sit, quæri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni, vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri: ademptionem autem in utrumque valere.

SUMMARIA.

1. *Si testator ex duobus alteri legatum det, vel adimat, et non appareat, de quo senserit: nec legatum, neque ademptio valet*, et n. seqq.
2. *Exempla prioris partis*, et n. 3.
4. *Contraria argumenta complura afferuntur, et solvuntur*, et n. seqq.
5. *Cum testator ex duobus rebus unam legavit, nec apparet, de qua senserit, heres cogendus erit eam dare, quam ipse voluerit.*
8. *In ambiguo sermone non utrunque dixit testator: sed dumtaxat quod voluit.*
9. *Decem* filio, qui nascetur, *legatis, si plures nascantur, dena singulis debentur.*
11. *In ambigua oratione id accipiendum, quo res valeat magis, quam pereat.*
12. *Judicium P. Scipionis expenditur.*
13. *Actore non probante, reus absolvitur.*
14. *Si duobus idem nomen, aut eadem ipsa demonstratio conveniat, qua testator personam legatarii designavit: possunt de legato inter se contendere; et heres utrique satis dare cogetur*. et n. 15.
16. *De qua persona testator senserit, quomodo in re ambigua dignosci possit.*
17. *Si is qui* Semproniis amicis *suis legaverat*, Sempronio *legatum adimat: ademptio nihil valet*, et n. seqq.
18. *Florentina lectio in hac* Lege *improbatur*, et n. seqq.
19. *Florentini Pandectorum exemplaris auctoritas qualis, quantave sit.*
21. *Legatum dignum est favore.*
22. *Ademptio non adjuvanda interpretatione.*

Hoc dicit Ulpianus de omni relicto, et ademptione idque pluribus propositis exemplis. quod de libertate solum generaliter definitum est in *L. si quis de pluribus, infr.*
1 *eod.* † Si testator ex duobus uni aliquid leget, aut ex duobus quibus aliquid legaverat, uni adimat, quod legavit; neque appareat, de quo testator senserit: in neutro neque legatum valet, neque ademptio. Nam et de ademptione intelligo, idem Ulpianum dicere hoc loco, quod eum de legato dicere certum est de qua re postea suo ordine.

Exemplis autem adhibitis amplius demonstrat, quomodo fiat, ut uni ex pluribus legetur, et tamen non intelligatur, de quo testator senserit. Id autem, quantum ex his exemplis
intelligere possumus, † ita fieri potest. si 2
testator ex pluribus leget uni, qui aliquid fecerit, ut qui Capitolium ascenderit primus uni qui talis sit, veluti qui sit maximus natu: uni, qui sit isto nomine, puta Titio; et ambo idem pariter fecerint, ambo tales sint, ambo eodem nomine appellentur, et in summa, si testator unum ex pluribus

designat ea demonstratione, quæ ex æquo
pluribus conveniat.

Nunc, ne verbosa sit disputatio, unum
exemplum excutiemus, ut quod de uno dixe-
ro, idem intelligatur dictum de omnibus,
atque adeo de tota definitione. Sumatur igitur
3 id quod hic primum est. † *Ex cognatis meis
ei, qui primus Capitolium ascenderit, heres
meus decem dato.* Simul duo venerunt, ac
legatum petunt: sed non apparet, quis prior
venerit, neutri legatum debetur. Ne videatur
inique hoc constitui, quasi sit contra testato-
ris voluntatem, qui alterutri saltem datum
voluit. Necesse est enim, ut aut uni detur,
aut utrique, aut neutri. Uni dare erat con-
venientissimum, si posset. Sed non potest,
quia, quisnam is, sit ex duobus, de quo te-
stator senserit, non intelligitur. Utrique dari
potest: sed testator non vult utrique dari,
quem apparet uni tantum dari voluisse. Re-
stat igitur extremum, quod in toto hoc gene-
re hic definitur, neutri legatum deberi, quia
neque dari potest, quod testator voluit: ne-
que voluit, id quod potest.

Sed in hoc exemplo, quemadmodum et in
cæteris, quæ hic proponuntur, in hoc tamen
potissimum disputari potest, primum uni
debere dari: si minus uni, saltem proximum
4 esse, ut utrique detur. † Uni dari debet,
quia uni dari potest. Cui tandem? nempe
cui heres volet, et vero unum debebit eli-
gere, cui det, nec quia is non intelligatur,
ideo legatum evanescet. Id recte defendi
5 videtur exemplo ejus legati, † cum testator
rem unam legavit ex duabus, neque appa-
ret, de qua testator senserit, non enim ideo
heres neutram debet: sed unam debet dare,
quam elegerit, ut puta, legavit testator fun-
dum Cornelianum, cum duos haberet fundos
ejusdem nominis, heres cogetur unum dare,
nempe utrum elegerit, id est minorem. *L.
cum servus*, 39. §. *scio. D. de leg.* 1.

Sed inter personas quibus legatur: et res,
quæ legantur, multum interest. Nam cum
testator vult uni dari ex pluribus, simul vult
cæteris non dari, proinde heres non eliget,
cui det: ne forte eum eligat, cui testator
datum noluit, arg. *L. duo sunt, supr. de test.
tut.* Cum autem testator legavit rem unam
ex duabus: etsi non adjecit quam, tamen
semper certum est, eum cum minimum mi-
norem dari voluisse. Sive enim de ea tantum
sensit, absolutum est; sive sensit de majore
vel hoc ipso minorem datam voluit multo
magis. Igitur hæc dabitur, quia hanc sal-
tem testator voluit.

Sed alia ratio demonstrari potest in ex-
emplo proposito, qua certum fiat, de quo
testator senserit, proinde vel hac saltem
ratione uni dandum est. † Legavit ex cogna- 6
tis ei, qui primus Capitolium ascenderit, duo
pariter ascenderunt. Nempe unum ex his
prius ascendisse interpretari debemus, que-
madmodum in duobus pariter decedentibus
interpretamur unum prius decessisse. *L. qui
duos.* §. 1. *et ult. sup.* aut cedo differentiæ
rationem, cur in pariter morientibus velimus
unum prius esse mortuum: in his, qui pa-
riter ascenderunt, non interpretemur unum
prius venisse. Quasi vero ratio sit obscura.
Esset, cur hoc quæreretur, si in omnibus,
qui pariter decesserunt, unum alteri super-
vixisse existimaremus. Nunc autem id solum
in patre et filio: matre et filio factum cre-
ditur: in cæteris non item. Cur? quia in
illis, ut supra ostendimus, justæ sunt caussæ,
et quidem in persona cujusque quæ intelli-
gantur natura, propter quas unus in commu-
ni periculo citius decedat, quam alter, quæ
quia ejusmodi nullæ sunt in cæteris extra-
neis; ideo nihil in his amplius credimus,
quam probari potest. Vel horum exemplo
nec nos ex iis, qui pariter ascenderunt, unum
prius altero ascendisse dicemus, cum in his
ex personæ conditione caussæ nullæ afferri
possint, quamobrem credamus, unum prius
ascendisse, quam alterum. Nam et qui minus
valet viribus, prius ascendere potest, quia
prius id facere aggressus est. Fieri etiam
potest, ut ambo casu ascenderint. Quæ si
ita sunt: nihil proponitur, cur uni ex his
dari possit ex voluntate testatoris, ex quo
conficitur, uni dandum non esse.

Sed videamus jam, ne, quia uni tantum
dari non potest, hac ipsa de caussa dandum
sit utrique, quia † utrique potest, et verba 7
utrumque admittunt, legatum est ei, qui pri-
mus ascenderit, duo pariter venerunt. Quid,
si probatur horum utrumque esse primum?
nonne ex verbis testatoris uterque ad legatum
admittetur? at uterque eorum primus, etiam
si sit solus; quia horum altero nemo prius
ascendit. Idque de iis, qui pariter decesse-
runt, ita diserte scriptum est in *L. qui duos*,
1, *res supr.* Quinimo hoc amplius illic addi-
tum est, si testator de primo, aut supremo
eorum aliquid scripserit: si pariter decedant,
ambos non solum verbis, sed etiam testatoris
sententia comprehendi.

Etsi de hoc jam ante eo loco respondi:
tamen hic quoque dicam hoc idem expli-
catius. Utrumque ex iis qui pariter ascen-
derunt, primum dici uno sensu concedo,
Sed, si *primi* versum ambiguum est, et alio
sensu neuter eorum est primus: non debent
ad legatum admitti, si hoc posterius testator

8 intellexerit: propterea quod † in ambiguo sermone non utrumque dixit testator, sed duntaxat quod voluit. *L.* 1. *supr. eo.* Jam vero verbum *primi* ambiguum est, vereque dixeris utrumque istum, qui pariter ascendit, primum esse, et primum non esse. Si ambo simul conferantur cum iis, qui non ascenderunt, aut ascenderunt postea: sunt primi, quia istos antecedunt, sin singuli inter se conferantur: neuter eorum est primus, quoniam is primus est, qui ascendit ante alium: non ascendit autem ante alium is, cum quo alius simul ascendit; de uno vero sensit testator, qui primus ascendisset, non de duobus, duobus enim datum noluit; atque hoc sensu neuter eorum est primus, quo fit, ut neuter eorum vel ex verbis testatoris admittatur. In specie Tryphonini, quam modo ex *L. qui duos supr.* objecimus, uterque ex impuberibus, qui pariter decesserunt, non solum verbo est novissimus eo sensu, quo dicitur novissimus, quem nemo cum eo collatus sequitur, sed etiam testatoris sententia: substitutum enim amborum hereditatem habere testator voluit: non mirum igitur si, commutata ratione, verbis substitutionis contineantur. Sic verborum significatio utrobique eadem: sed voluntas testatoris varia rem dissimilem facit.

Imo ex duobus pariter ascendentibus non tantum verbo uterque primus est; sed etiam videtur probari posse, de utroque sensisse testatorem: denique omnibus, quotquot as-
9 cenderint, esse dandum. Nam † si testator leget decem ei filio, qui sibi nascetur: pluribus natis, placet, non solum singulis legatum esse: sed etiam singulis dena deberi, etiam si *filio* tantum singulari numero testator legaverit. *L. qui filiabus*, 17. §. 1. *supr. de leg.* 1.

Sed quam hoc dissimile est ab eo, de quo nunc agitur? Nam pluribus natis, nihil hic ambigue scriptum est: omnes enim vere, et proprio filii sunt, nec obstat, quod testator *filio* legavit, non *filiis*; nam quotcunque erunt, recte de unoquoque dixeris, hic filius est, et ille filius, et iste filius: da igitur singulis, quod filio dare jussus es. Pluribus autem Capitolium pariter ascendentibus, si inter se conferuntur: proprie neuter eorum est primus. Adde, quod affectus, et caritas patris æque in liberos hanc sententiam suggerit, ut quod *filio* unius numero legavit, omnibus legasse intelligatur, neque id præter usum loquendi, *L. in usu, D. de verb. sig.* Quod non idem dici potest, cum testator uni extraneo legavit, qui quid fecisset, et plures fecerunt; non enim si uni datum voluit, idcirco omnibus, qui idem fecissent, datum voluit.

Sed si superiores rationes non sunt satis: saltem hæc postrema fortassis quæ et voluntatem testatoris indicat, vincere debet, utrique dandum esse. Nam † si volumus 10
uni tantum dari: legatum non valet, quia non apparet, quem hunc esse velimus: si utrique dandum interpretamur: fit ut legatum valeat, quia utrique dari potest. Hoc posterius itaque sumendum, quoniam ita præcipitur, † in ambigua oratione id acci- 11
piendum esse, quo res de qua agitur, valeat potius, quam pereat *L. quoties in actionibus, infr. eod.*

Sed apparet, de ambigua oratione et voluntate testatoris id dictum esse. Nunc autem nihil hic ambigue, aut obscure scriptum est de pluribus: apparet enim, testatorem uni datum voluisse, non pluribus: quod quoniam ad sententiam, de qua hic dicimus ex voluntate testatoris tuendam, et ad superiora omnia pertinet: etsi per se satis verbis ostenditur: breviter tamen demonstrandum est, ne quis et hic in numero singulari non absurde numerum pluralem intelligi defendat. Id ergo sic colligitur. Si duobus pariter Capitolium ascendentibus, ambobus dandum est: consequens est, aut singulis dari deberi tantum quinque ex decem legatis: aut ambobus dena, idest viginti, utrumque voluntati testatoris adversantur. Nam uni decem dari voluit, non quinque tantum. Rursum decem tantum semel, non viginti. Igitur uni tantum datum voluit. Quare si neque uni dari potest natura, neque utrique testator dari patitur, ut ostendi: conficitur, quod initio posui, neutri legatum deberi.

Ex quo quid de promissione Pub. Scipionis, de qua apud Livium scriptum est, *decadis* 3. *lib.* 6. judicandum sit, statui potest. † Capta nova Carthagine in Hispania, Sci- 12
pio, eum virtutem militum, qui muros conscendissent, remunerari vellet, pro concione dixit, præcipuum murali coronas decus ejus esse, qui primus murum ascendisset. Duo professi sunt se ascendisse, nec satis constare poterat, uter eorum primus, quod pariter ascendissent. Livius scribit, Scipionem ambos muralibus coronis virtutis caussa donasse: sed addit, id eo fecisse Scipionem, ut seditionem compesceret, ad quam res spectare videbatur propter studia partium erga suos commilitones, si unum alteri prætulisset, aut dedisset neutri. Et ideo dedit Scipio, quia voluit, et id ita fieri expedire judicabat. Nos vero de invito, querimus eoque qui dare nollet, si jure neu cogeretur. Nam, quod ad Scipionem attinet, apparet ex eo,

quod hic traditur, tum etiam ex his, quæ in ea re disputavimus, duobus pariter murum ascendentibus, si neuter ostenderet, se primum ascendisse, neutri quidquam illum debuisse. Diceret enim Scipio illis coronam petentibus, coronam dare promisi, non coronas: et uni, qui primus ascendisset, non pluribus. Non igitur utrique vestrum debeo; uni debeo: et uni dare sum paratus, si modo probet, se primum conscendisse. Id si probari non potest; neuter admittetur, non quia petentem forlasse jus deficiat, sed quia probatio. *L. duo sunt. supr. de test. tut.* sit autem
13 juris certi, † actore non probante reum absolvi. *L. qui accusare, C. de ea.* Cui sententiæ tantum abest, ut adversetur factum Scipionis, ut maxime eam confirmet, cum privatim declararit, non se ideo ambobus dedisse, quia deberet; sed quia rem dissimulare pro tempore utile esse judicaret.

14 Sed meminerimus totum hoc, † neutri legatum deberi, ita dictum esse, si non probari posset, uter primus ascendisset: aut cum maximum natu, vel Sempronium testator nominavit, de utro sensisset. Cæterum ei, qui probaverit, de se sensisse testatorem legatum deberi constat. *L. falsa, §. 1. infr. de cond. et demo.* Quæ res facit, ut si duo ejusdem nominis, aut in quos pariter defuncti demonstratio cadit, de legato contendant, hi recte petant legatum; *L. 8. §. si inter. de*
15 *leg. 2.* et præterea † dum de re quæritur, utrisque heres satisdare debeat propter incertum eventum. *L. si duo, infr. ut leg. seu fid. no.* Quod tamen non eo usque valebit, ut, si neuter de se probet, satisdatio hæc, et petitio heredi noceat.

16 De sententia testatoris † probari potest in his exemplis: si proponamus, testatorem legavisse ex cognatis suis ei, qui esset maximus natu, aut Sempronio amico, cum duo essent Sempronii amici. Potest enim sciri, quem testator existimaverit esse maximum natu fieri etiam potest, ut in priore parte testamenti de certo Sempronio scripserit, ac deinde subiiciat ita, Sempronio amico meo decem dari volo, utrum horum probaverit legatarius de opinione et consuetudine patrisf. deque præcedente scriptura, ad conjecturam voluntatis est satis. *L. si servus plurim. 50. §. ult. supr. de leg. 1.*

Hæc de legato, videamus, de ademptione quale sit, quod initio posuimus.

Ademptionem autem in utrumque valere.) Exemplum tale proponitur in illis verbis,
17 *aut si duobus ejusdem nominis.* † Qui duos amicos habebat nomine Sempronius testamento his ita legavit, *Semproniis amicis meis fundum do lego:* aut ita, *Semproniis amicis meis singulis decem dari volo;* deinde ita scripsit, *quod Sempronio hoc testamento dedi, datum nolo*; his enim verbis, et similibus legata admittuntur. *Tit. inst. de adem. leg.* Quæritur hic idem, quod supra, an alteri legatum ademptum sit, an utrique, an neutri.

De hac re hoc loco † in Pandectis Flo 18
rentinis scriptum est his verbis *ademptionem autem in utrumque valere.* In quibusdam aliis codicibus scriptum est ita, *ademptione autem in utrumque valere*; hoc sensu, legata et libertates per ademptione in utrumque Sempronium valere. Illa scriptura declarat legatum in proposita specie utrique Sempronio ademptum: hæc posterior neutri. utrum sequimur? Pandectarum Florentinarum auctoritatem, si liceret. Sed † hactenus fides 19
his habenda est propter vetustatem, quoad alii certi loci, et vera ratio non refragatur. Nunc autem † hæc sententia, ademptionem 20
in utroque Sempronio hic valere seu utrique Sempronio ademptum esse legatum, manifeste et aliis locis clare scriptis, et certa ratione, et quod in primis animadvertendum est, contextu hujus loci convincitur. Primum in *L. 3. §. duobus. supr. de ad leg.* scriptum est disertis verbis in hac ipsa quæstione, utrique Sempronio nihilominus legatum deberi; et hoc expendendum a quo illud scriptum sit. Nempe idem est auctor Ulpianus, qui et hoc loco. Si alius id scripsisset, putaremus illum ab Ulpiano dissensisse. Nunc, cum idem sit utroque in loco Ulpianus, an credimus, eum aut oblitum sui, aut potius incertum, quid de ea re tenendum esset, pugnantia de eadem hypothesi scripsisse? Sed si de eo dubitaremus; tamen vera ratio hanc sententiam nobis extorqueret: qua et ipsa Ulpianus in *d. §. si duobus* hanc eandem confirmavit. Si uni ex duobus legatum sit, et in dando non appareat, cui datum sit: dicimus, neutri legatum, inquit. Isto modo si duobus Titius separatim legaverit testator, et uni ademerit, nec appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debetur. Optime: nam † legatum, quia liberalitatis est et benefi- 21
centiæ, dignum est favore. † Ademptio, quia 22
contraria liberalitati, non est adiuvanda interpretatione. *L. cum quidam, D. de lib. et post.* Quod si legatum non valet tamen: quanto minus in eadem re ademptio valebit?

Quid, quod, si utrique legatum adimitur, faciamus aperte contra voluntatem testatoris? Nam is *Sempronio* cum dixit, declaravit, se uni ademptum velle, non duobus, nisi forte

is, qui legavit *Sempronio*, duabus legare, non uni intelligitur.

Postremo, ut deessent cætera, vel contextus ipse satis nos admonet, legendum esse hoc modo, *ademptione autem in utrumque valere*. Nam, cum Ulpianus proposuit quæstionem de legato, ita quæsivit, an legatum in utriusque persona infringatur, idest impediatur; et ad extremum respondet legatum impediri: nimirum convenienter ad quæ tionem. Rursum, cum quæsivit de ademptione, eodem modo quæsivit, ut de legato, an ademptio nulla sit, non an ademptio valeat. Consentaneum est igitur, cum convenienter quæstioni respondere, ut respondederat de legato, nempe ademptionem nullam esse, id quod quæsierat. Sic ergo restituetur locus, et verius est, in his omnibus etiam legata, et libertates impediri: ademptione autem in utrumque valere. Estque hic sensus: etiam legata et libertates, res videlicet favorabiles, cum supremo judicio relinquantur: tamen hac specie impediri, nedum ea, quæ promissa sunt ei, qui primus Capitolium ascenderit, ademptione autem, idest per ademptionem, in utrumque valere, intellige, legata et libertates, ut hæc tantum absit, ut neutri debeantur post ademptionem: ut potius per ademptionem mag s valeant, quia qui legatum nulli adimit, hoc ipso magis confirmet.

Ad §. *ult.*

Plane si ita ancilla libertatem acceperit, *si primum marem pepererit, libera esto*, et hæc uno utero marem, et fœminam peperisset: si quidem certum est, quid prius edidisset, non debet de ipsius statu ambigi, utrum libera sit, necne: sed nec filiæ, nam si postea edita est, erit ingenua. Sin autem hoc incertum est, nec potest per subtilitatem judicialem manifestari: in ambiguis rebus humaniorem sequi sententiam oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur, quam filia ejus ingenuitatem, quasi per præsumptionem priore masculo edito.

SUMMARIA.

1. *Ancilla, cui libertas data*, si primum marem pepererit, *libero erit, si uno partu marem, et fœminam ediderit, et quare.* et n. seqq.
2. *Particula*, plane, *servit exceptioni.*
3. *In ambiguis humaniorem sententiam sequi oportet.* et n. 7.
4. *Humanum favere libertati.* et n. 6.

Dixi, si ei legatum sit, qui primus Capitolium ascendisset, duobus pariter ascendentibus si non apparet, quis primos ascenderit: neutri legatum deberi. In quo uni legatum est sub conditione, si primus ascenderit: quam conditionem deficere ait, si duo pariter venerint. Huic speciei similis est illa,
1 † si cui ancillæ libertas detur sub hac conditione, *si primum marem peperezit*. idest si quis ex ea masculus primum in lucem venerit; et duo pariter, masculus, et fœmina, uno utero in lucem edantur. Itaque par erat et consentiens superioribus existimari, conditionem et hic defecisse, eoque et matrem non esse liberam. Id ne fiat, Ulpianus ex omnibus superioribus hunc casum excipit. Idque est, quod ait, *plane si ita ancilla*, et cætera. Nam † hæc particula, *plane* excep-
2 tioni servit, §. *si qu.s. alii*, et §. *plane*. *Inst. de inu. stip. L. stipulatio ista*, §. *alteri*. *D. de verb. ob.* Ait ergo, si mulier uno utero marem et fœminam pariter peperisset; nec constaret utrum prius; videri extitisse conditionem, quasi per præsumptione priore masculo edito.

Sed cur hoc præsumimus ? Ipse Ulpianus hanc rationem reddere videtur hoc loco, quod † in ambiguis humaniorem sententiam sequi 3
oporteat, hoc enim sentit. † humanum esse 4
faveri libertati et ideo hanc sententiam quæ libertati faveat, sequendam esse, cui congruit regula juris, in obscura voluntate manumittentis favendum esse libertati. *L. in obscura*, *D. de reg. jur.*

Sed videndum est, ne non hæc ratio sit satis, nisi prius ostenderimus, caussam esse in re ipsa et natura positam, cur masculus prius nascatur, quam fœmina. Alioqui multa

ex hoc titulo ostabunt. Cur enim cum duo extranei pariter eodem in loco obierunt, non præsumimus alterum alteri supervixisse, etiam si humanum sit, id tum existimari, eum is qui uxori quid legavit, eum uxore simul periit; aut cum is, qui impuberi fratri substitutus erat, simul cum fratre decessit, quo utrobique voluntas defuncti servetur, et illa legatum, hic impuberis fratris habeat hereditatem, ut in *L. idem est; L. sed et in. illo, infr. eodem*? quia scilicet nulla caussa est in natura, quæ faciat, ut alter altero citius decedere debeat: ut supra diximus *ad L. qui duos*, §. 1. Cur paulo ante in hoc ipso responso, si duo pariter Capitolium ascenderunt, neuter præsumitur prius ascendisse, etiam si humanum est id existimari, ut voluntas testatoris exitum habeat? quia neutrum quidem ulla caussa est in natura rei, aut in conditione personarum, quæ faciat, ut alter altero prius ascendat, ne hic quidem, si nulla est ratio, cur prius masculus nascatur, quam fœmina, masculum prius editum credere debemus. Denique si præsumptio est illum prius editum, hujus præsumptionis caussam in facto ipso positam esse oportet. Hic enim, cum de facto agatur, prius quid factum sit; quam utrum æquum sit de eo, facto aliquid statui, quærendum est. Itaque
5 † assentior veteribus quibusdam, quos Bartolus reprehendit, qui hanc rationem præsumptionis reddiderunt, quod masculus sit robustior. Melius physici. Tradunt enim, masculum citius perfici in utero, quam fœminam, majorem esse calorem in illo, quam in fœmina: ut quo major calor est masculi, eo in utero moveatur impetu majore, hinc fieri, ut ipse facilius, perruptis panniculis, citius quoque sibi viam faciat.

Sed aliter tamen natura usu venire potest. Fieri enim potest, ut sint in masculo vitia quædam interiora, quæ vim ejus debilitent. Fieri potest etiam, ut multo post fœminam conceptam masculus sit conceptus ex superfœtatione. Itaque non est hæc adeo certa præsumptio, et quæ superioribus rationibus non possit infirmari, si sola sit. Sed addo hanc rationem, † humanum esse eam sententiam sequi, quæ libertatem tribuit: † in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportere: tum jus minime dubium effeceris, masculum hic prius editum existimari debere. Hoc est, cur Ulpianus hoc loco non contentus ea ratione, quam modo dixi præsumptionis etiam postea meminit: et rursus præsumptione nisus non semper usque adeo certa, banc ipsam æquitatis ratione contexuit innuens, alteram sine altero in hac caussa non esse satis. 6 7

Ad L. *Quoties libertis* 12.

Julianus *libro* 36. *Digestorum*.

Quoties libertis ususfructus legatur, et ei, qui novissimus supervixerit, proprietas: utile est legatum. Existimo enim omnibus libertis proprietatem sub hac conditione, si novissimus supervixerit, dari.

SUMMARIA.

1. *Olim incertis personis legari non poterat.*
2. *Ubi ex libertis ei legatur, qui novissimus supervixerit; certæ personæ videtur legari et quare.*

Qui legat ex pluribus certi personis, puta libertis, *ei qui novissimus supervixerit*, prima facie incertæ personæ legant. Hinc olim ambigendi caussa, utrum legatum valeret, si, necne, propter regulam juris, quæ efficiebat † incertæ personæ legari non posse,
1 eiebat † incertæ personæ legari non posse,
2 §. *incertis. Inst. de leg.* Julianus ostendit † in hac specie certæ personæ legari, idcirco non est metuendum, non ne legatum valeat. Certum est enim legari certæ personæ, quoties ex pluribus libertis testator unicuique sigillatim legat unumquemque nominatim appellando, et legat sub conditione, *si is novissimus supervixerit*. Hoc autem etiam fieri ostendit, cum ex libertis legatur ei, qui novissimus supervixerit: quoniam utrumque idem valeat, vide, quæ de hac quæstione latascripsi ad *L. quidam, supr.*

Ad L. *Quoties in actionibus* 12.

Idem *libro* 1. *Digestorum.*

Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat.

SUMMARIA.

1. Actio *pro intentione actoris.*
2. *Si quis ambigua intentione, aut exceptione usus fuerit: id accipiendum, quod ei utilius est*, et n. seqq.
3. *Reus in exceptione actor est.*
5. *Ambigua stipulatio interpretanda contra stipulatorem.*
7. *Et in judiciis, et in legibus, et in beneficiis Principum, et in testamentis, et in contractibus ea semper ambiguæ orationis interpretatio capienda, qua res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat*, et n. seqq.
10. *Beneficium natis ex gr. Pontica matre concessum pertinet non modo ad filios vulgo quæsitos, sed etiam ad legitimos.*
11. *Filii justis nuptis procreati sequuntur conditionem.*
14. *Qui uxori suæ legavit quæ vivus donaverat, de irritis donationibus sensisse creditur.*
15. *Si pars fundi legetur ei, qui partem habebat; intelligitur legata quæ legatarii non erat.*
16. *Spectanda in legibus æquitas.*
17. *Beneficia Principis, ac testamenta plenius interpretatur.*
19. Calendas *in stipulatione proximas intelligimus.*
20. *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed quod volumus dumtaxat.*
21. *In ambigua intentione spectandum, quid actor, non quid reus senserit. In ambigua vero stipulatione, si de alia re stipulator sentiat, de alia promissor; nihil agitur*, et n. seqq.
22. *Stipulatio inter consentientes peragitur; judicium redditur in invitum.*, et n. 24.

1 *Actionem* † hic vocat Julianus intentionem actoris. Id enim hoc loco de actione expressit, quod regula juris traditur his verbis:
2 † *Ambigua intentio ita accipienda est, ut res actori sit.* L. in contrahenda. §. ult. D. de reg. jur. *Rem, de qua agitur*, intelligit intentionem, et exceptionem, in quibus ambigua oratio est. Intentio sic perit, si actor in verbo ambiguo, quo usus est, dicat se de una re sensisse, reus se sensisse de alia, et reo potius credatur, sic enim fit, ut absolvatur reus. Contra valet intentio, et salva est, cum id accipimus, de quo actor se sensisse dicit. Fit enim hoc modo, ut, si probet, quod intendit, reus condemnetur. Hoc ergo sumendum esse hæc regula significat, ut plane hac regula nihil exprimatur aliud, quam quod traditum est apertius in *L. si quis intentione, supr. de jud.* si quis intentione ambigua, vel oratione usus sit: id, quod utilius ei est, accipiendum esse. *Et* cum dicit, actorem indicat, cujus est intentio, quem rursum cum dicimus, reum quoque intelligimus in exceptione, quoniam † reus in excipiendo actor 3
est. *L. 1. D. de exc. L. in exceptionibus, D. de probation.*

Nunc utriusque exempla apponam. † In 4
tentionis ambiguæ hoc est. Actor Stichum a possessore vindicans intendit, Stichum, qui apud eum est, suum esse. Possessor, cum duos servos apud se haberet ejusdem nominis, negat Stichum actoris esse; et ita judicium inter eos constituitur. Actor probat, unum ex illis Stichis suum esse, quo cognito, dici possessor, se de alio Sticho, quem haberet, sensisse, qui re vera non est actoris. Si in stipulatione res ageretur: † ambiguitatem 5
stipulationis contra stipulatorem interpretaremur. *L. cum quæritur, infr. eo.* Nunc vero dicimus accipiendum esse, quod actori utile est, id est id, quo accepto, intentio ejus valeat: quæ res facit, ut, si probaverit, unum ex Stichis suum esse reum damnari oporteat; quasi de eo vere actum sit, quamvis reo dissentiente.

Exceptionis ambiguæ † sit exemplum 6

hujusmodi. Is, ejus tutela administrata
erat, major factus cum tutore suo de tutela
transegit, et pactus est, se nihil amplius eo
nomine ab eo petiturum. Eo mortuo, heres
ejus cum tutore tutelæ agit. Tutor pacti ex-
ceptione se tuetur, *at nisi defunctus pactus
sit, se nihil amplius a me petiturum*, nec
adjecit, *tutelæ nomine*, actor ullum hujusmodi
cum reo interpositum pactum esse negat.
Deinde profertur instrumentum ejus tran-
sactionis, quo continetur, defunctum cavisse,
nihil se amplius tutelæ nomine petiturum.
Actor se generale pactum accepisse dicit, ut
verba etiam aperte significant, cujus generis
pactum nullum profertur; reus exceptionem
sic se accepisse dicit, quasi hoc ipsum pactus
esset defunctus, se nihil tutelæ nomine peti-
turum; ut verba generalia ad id dumtaxat,
de quo agitur, referantur arg. *L. qui cum tu-
toribus, D. de trans.* Dicimus, hoc ipsum esse
accipiendum, quia reo utile.

Additur hic, *in actionibus, aut exceptio-
nibus*. Sed ne nos hæc verba decipiant, præ-
7 cipiendum hoc est, † in omni sermone,
omnique scripto ambiguo ad interpretatio-
nem voluntatis eandem regulam servandam
esse, quæ hic in judiciis traditur, recteque
ita generaliter definiri: quoties ambigua ali-
qua oratio est, idest duas sententias signi-
ficans, quarum altera efficitur, ut id, de quo
agitur, sit inutile; altera contra, ut valeat;
semper eam accipiendam esse, quæ facit,
ut res valeat, ut salva sit, ut sit in tuto.
Tot enim modis veteres eandem rem expri-
munt. De eo ne quis dubitet, recte fecerimus,
si ostenderimus, in omnibus caussis jus ita
se habere.

9 Ergo † hac regula in legibus utimur;
hoc enim est, quod dicitur, in ambigua
voce legis eam potius accipiendam esse signi-
ficationem, quæ vitio caret. *L. in ambigua,
D. de legib.* Id enim scriptum facit, ut res
non valeat, quod est vitiosum. Exemplum
habes in *L. uxores, D. de iis, qui not. inf.*

9 Valet hæc eadem † in beneficiis Prin-
cipum ambigue, nec satis aperte scriptis: ut
10 † in hoc beneficio Ponticis mulieribus tri-
buto, *qui Pontica matre natus erit, is Ponti-
cus sit*, non liberos intelligimus tantum
vulgo conceptos, sed præcipue eos, qui nati
sunt ex justis nuptiis. *L. 1. D. ad munic.* etsi
11 ita jus commune est, ut, † cum legitimæ
nuptiæ sunt, filii patris conditionem sequan-
tur. *L. cum legitimæ, D. de stat. hom.* Cur
contra jus publicum sic accipimus? Quia,
si vulgo conceptos intelligeret Princeps:
nihil de iis caveri debuerit, inquit Ulpianus
in *d. L. 1. ad mu.* idest id cautum sit su-
pervacuum et inutile, cum † vulgo concepti 12
satis matris conditionem sequantur jure pu-
blico sine ullo beneficio. *d. L. cum legitimæ.
L. lex naturæ, D. de stat. hom*

Hac eadem † utimur in testamentis. Pro- 13
inde † si quis uxori suæ ea, quæ vivus do- 14
naverat, leget: secundum propriam verborum
significationem hoc dicere intelligitur. quæ
vivus jure donavi, puta ante contractas
nuptias, nam quæ inutiliter donata sunt,
idest, constante matrimonio, pro non donatis
habenda sunt. arg. *L. quoties, D. qui sat. cog.*
Contra Africanus non de aliis donationibus
testatorem videri sentire ait, quam de iis,
quæ jure valituræ non sunt, cur? quia
alioqui, inquiunt, frustra et inutiliter lega-
turus sit ea, quæ jure donavisset. *L. si
quando, 109. D. de leg. 1.* Eodem modo et
† si ei, qui partem in aliquo fundo habet, 15
testator leget infinite partem ejus fundi: in-
telligitur eam legavisse, quæ legatarii non
fuit: solum ob id, quod alioqui nullum emo-
lumentum legati futurum esset. *L. Mævius,
66. supr. de L. 2.*

Sed minus mirum est hoc servari in le-
gibus, et beneficiis principum, et testamen-
tis: propterea quod † in legibus semper 16
æquitas spectanda est. *L. in omnibus quidem,
D. de reg. jur.* † beneficia autem principis, 17
et testamenta plenius ubique interpretamur.
*L. 3. D. de const. L. in testamentis, D. de
reg. jur.* Illud mirum sit fortasse, eandem
regulam adhiberi in contractibus, quos non
item plene et liberaliter interpretamur, ut
superiora. Sed, ut intelligere liceat quod ini-
tio dixi, eam ad omnem sermonem, quo quid
agitur, pertinere: † hac ipsa non minus 18
utimur in contractibus, quam in cæteris
caussis omnibus. Nam de stipulatione ipsa
nominatim tradita est in *L. ubi, infr. eo. et
L. quoties, D. de verb. obl.* Cujus rei exem-
plum habemus in ea stipulatione, cum stipu-
lor Calendis, in qua † intelligimus proximas 19
pro commodo meo, quia aliter interpretanti-
bus stipulatio inutilis futura sit. *L. cum, qui
Calendis, D. de verb. ob.*

Unde ergo hæc præceptio sumpta in in-
terpretatione ambiguæ orationis? Nempe ex
eo, quod † in ambiguis non utrumque di- 20
cimus, quod verbum exprimit, sed solum
quod volumus. *L. 3. supr. eod.* ut proinde in
his una hæc res sequenda sit, loquentis ni-
mirum; aut, si inter plures res agatur, eo-
rum, qui agunt quid, sententia. *L. in ambi-
guis, D. de reg. jur.* Hanc porro sententiam
et voluntatem esse cujusque in omni negotio
reperietur, non ut nihil agi velint, sed ut
aliquid. Nam, si nihil agi vellent, poterant

facillime id consequi tacendo: hoc igitur volunt, ut res, de qua agitur, valeat. Itaque hoc ipsum sequemur, quia volunt. Hanc enim legem esse diximus in ambiguo sermone, ut quod quisque senserit, id solum dixisse videatur.

21 Solum † inter judicium, et superiora hoc interest, quod in cæteris, ubi res agitur inter duos, ut in contractibus, hoc sequimur quod uterque senserit. In judicio solum id, quod sensit actor. Quid reus senserit, negligimus, cur ita? quia nihil necesse est ipsum consen-
22 tire, cum † judicium in eum etiam invitum reddatur. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. ob.* Nec vero fit dissentienti injuria, cum, si eam debeat, de qua actor probavit, nihil habeat, quod queratur, si condemnatur. Si de ea non satis intellexit: culpa ejus est, quod actorem non interrogarit, de qua sentiret.

Nunc ad id, quod propositum est, redeo: etsi hic additum est, *in actionibus, vel in exceptionibus*, nihilominus eandem regulam ad omnes causas, ad omnem ambiguam orationem pertinere, et cur in omnibus adhibeatur, optime rationem constare. Quod cum
ita sit, id † quæro, cur hic adjectum sit, *in* 23
actionibus, vel exceptionibus, cum dici debuerit, *in omni oratione, in omni negotio?* Puto id esse causæ, quod in judiciis sine exceptione id videbatur dici posse: in cæteris negotiis non item. Nam in judiciis sequimur id, quod valet, et prodest actori, scilicet sine exceptione, idest, sive dubium sit, an reus de alia re senserit: sive etiam certum sit, eum de alia re sensisse. Contra in contractibus tandiu id sequimur, quod efficit, ut res valeat, quandiu non constat, de alia, atque alia re sensisse contrahentes. Ubi autem reus probarit se de alia re sensisse, quam de qua se sensisse stipulator dicit: non hic in verbo ambiguo id accipietur, quod efficiat, ut quid debeatur: sed plane nihil actum est,
quippe † stipulatio non nisi ex consensu va- 24
let: judicium, ut dixi, redditur in invitum. *L. inter*, §. 1. *L. continuus*, §. 1. *D. de verb. obl.* Idemque valet in testamentis, si constet, quid testator senserit.

Ad L. *Si is.* 13.

Idem *lib. singulari de Ambiguitatibus.*

Si is, qui ducenta deposuit, ita leget: *Sejo cum ducentis, quæ apud eum deposui, trecenta lego:* singulæ summæ separatæ quidem certam habent demonstrationem, conjunctione vero tali incidunt in ambiguitatem: sed dicendum est, non trecenta, sed quingenta deberi: quia duæ summæ junguntur.

SUMMARIA.

1. *Verba*, cum ducentis, quæ apud eum deposui, trecenta lego, *significant trecenta supra ducenta*, et n. seqq.
2. *Particula*, cum, *significat non immixtionem, sed conjunctionem.*
3. *A verborum significatione non recedendum, nisi testatoris voluntas aperte cogat.*

1 QUI ducenta deposuerat, ita legavit: † *Sejo cum ducentis, quæ apud eum deposui, trecenta lego.* Ait Julianus, singulas summas separatas quidem certam habere demonstrationem: conjunctione vero tali incidere in ambiguitatem. At quam? ambiguitas hæc est. Nam hæc verba, *trecenta cum ducentis*, possunt sic intelligi, *trecenta una cum aliis ducentis*, ut sit, *trecenta, et ducenta*, possunt etiam intelligi hoc modo: *trecenta cum ducentis*, idest *trecenta, computatis, et connumeratis ducentis, quæ apud eum deposui.* Nam et in quotidiano sermone fere qui ita loquuntur, *sunt adhuc domi sex panes cum hoc, quem vides*, hoc sentiunt, non septem esse, idest, sex et unum: sed sex esse, computato videlicet eo, quem demonstrant. *Sed dicendum est, non trecenta, sed quingenta deberi*, inquit, *quia duæ summæ junguntur.*
Significat, † particulam, *cum*, non signifi- 2
care immixtionem unius rei cum alia, sed conjunctionem, itaque in hoc legato trecenta conjungi cum ducentis, non misceri, ut scilicet efficiantur quingenta. Ergo Julia-

nus solvit ambiguitatem proprietate verbi,
1 quo declarat, † nunquam a significatione verborum recedendum esse, ubi voluntas testatoris aperte non refragetur *L. non aliter, supr. de leg.* 3.

Ad §. *Si quis ita.*

Si quis ita leget, *Fundum Sejanum heres meus Attio cum Dione Mævii servo dato.* Dubitatur quidem, Dioni quoque fundus legatus sit, an Dio cum fundo legatus sit. Sed magis dicendum est, non solum fundum, sed etiam servum Dionem esse legatum: maxime si nullas justas caussas habuit Dioni legandi.

SUMMARIA.

1. *Si testator legaverit fundum Sejanum* Attio cum Dione Mævii servo, *quomodo interpretandum.* et n. seqq.
2. *In ambigua testatoris oratione id sequimur, quod credibile est fuisse cogitatum.*
4. *Mens, et sententia testatoris unde colligi possit.* et n. seqq.
8. *Legata ob meritum dari solent.*

1 Legat quis hoc modo: † *fundum Sejanum heres meus Attio cum Dione Mævii servo dato.* In hac specie legati ambiguitatem parit collocatio dubia partium orationis. Nam hæc verba, *cum Dione,* incertum est, quo referri debeant: an conjungi cum verbo, *Attio:* an conjungi cum verbo, *fundum.* Atqui utrum dicatur, multum interest. Qui enim dicit, *Attio cum Dione dato,* hoc exprimit, *Attio et Dioni dato.* Qui fundum cum Dione, hoc dicit, *fundum et Dionem Attio dato.* In quo explicando nihil adjuvare nos potest orationis proprietas. Nam utrumque recte dicitur, salva ratione recti sermonis. Mens igitur te-
2 statoris consulenda est, et † interpretandum, id dictum esse, quod credibile est esse cogitatum. *L. cum in testamento, infr. eod.* Se-
3 cundum hoc † Julianus respondet, orationem hanc sic esse accipiendam, ut fundus et Dio Attio legatus sit: non ut quidquam legatum sit Dioni.

Sed unde hoc colligitur sensisse testato-
4 rem? † Ex honore, quem testator Attio habitum voluit. Apparet enim, eum voluisse legare Attio: non item certum est, eum voluisse legare Dioni; ideo † legatum, quod 5
esse constat, plenius interpretari debemus juxta regulam juris *L. in testamentis. D. de reg. jur.* Proinde interpretabimur, fundum totum Attio datum esse: ex eo modo nihil esse datum Dioni: quo constituto, relinquitur, ut testator Attio fundum et Dionem legasse intelligatur. Alterutrum enim necesse est, ut aut Dioni legaverit, aut Dionem. Effectum est Dioni nihil legatum, ex quo relinquitur legatum esse Dionem.

Sed hoc tum † multo certius dicetur, 6
inquit Julianus, si testator nullas justas caussas habuit Dioni legandi, vel quod dominum ejus non nosset, vel quod non esset ei amicus, vel quod non esset ille de testatore bene meritus. Et recte. Quoties enim dubitabitur, ex duobus utrum illi, an illi testator legaverit:
† vere dicturi sumus, non videri testatorem 7
ei legasse, cui legandi caussam non habuit,
quoniam † legata ob meritum conferri solent. 8
L. nec adjecit, D. pro soc.

Ad §. *Cum Ita.*

Cum ita stipulationem concipimus, si hominem, aut fundum non dederis, centum dare spondes? utrumque est faciendum, ne stipulatio committatur: idest, sive alterum, sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio. Idemque est evidenter, cum propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita stipulamur; *Si quid eorum factum non erit: veluti Stichum, et Damam et Erotem sisti: Si quis eorum non steterit, decem dari?* necesse est enim omnes sistere, ut stipulationi satisfiat. Vel, ut propius accedamus, fingamus, ita stipulationem factam. *Si Stichum, et Damam, et Erotem non stiteris, decem dari?* neque enim dubitamus quin æque omnes sisti oporteat.

SUMMARIUM.

1. *Hæc conditio*, si fundum, aut hominem non dederis, *significat, utrumque dandum esse.* et n. seqq.

Tractat Julianus hoc loco, neque hoc §. tantum, sed etiam sequentibus idem agit
1 usque ad finem capitis, † quam vim habeat in stipulatione pœnali, et in institutione hæc conditio disiunctive et negative concepta, *si fundum, aut hominem non dederis: si illud, aut illud factum non erit.* Est autem de hoc genere stipulationis hæc dubitatio, utrum ex ea satis sit unum fecisse, ut stipulatio non committatur: an vero necesse sit utrumque.

Utraque pars suas habet defensiones. Dixeris recte, ut videtur, alterum tantum esse faciendum, quoniam, si dixerimus, utrumque; nihil interesit inter hanc stipulationem, *si neque hoc, neque illud feceris, centum dabis?* (ex qua, utrumque faciendum esse convenit hac *L.* §. *ult.* et illam, *si hoc, aut illud non feceris, centum dabis?* quod dictu absurdum videtur, habet enim una stipulatio orationem conjunctivam, altera disjunctivam, inter quas orationes plurimum interest.

Rursum recte defenditur, utrumque esse faciendum, quia utrum eorum non feceris, verum erit, hoc aut illud factum non esse, quæ conditio erat stipulationis, qua exsistente, necesse est committi stipulationem.

De hac re hoc §. summa hæc est Juliani
2 sententiæ: † ex hac stipulatione utrumque esse faciendum, non alterum dumtaxat, uno namque non facto, stipulationem committi, quemadmodum constat, utrumque esse faciendum ex hac stipulatione, *Stichum, et Damam sistes? si quid eorum factum non erit, decem dabis?* aut, ut propius accedamus, inquit, quemadmodum constat, omnia esse facienda ex hac stipulatione, *si Stichum, et Damam, et Erotem non stiteris, decem dabis?* Innuit, posterioribus his priorem, de qua quæstio est, esse similem, nihil enim interest inter ista, *aliquid eorum factum non est;* et, *illud, aut illud factum non est,* quod si ex posterioribus pœna debetur, si vel unum factum non sit: etiam ex priore, uno non facto, debebitur, ut proinde ex omnibus necesse sit omnia fieri, ne stipulatio committatur.

Quod dicit, *vel, ut proprius accedamus,* hunc sensum habet, ut propius accedamus ad stipulationem illam, *si fundum, aut hominem non dederis,* de qua propositum est nobis initio dicere, idest, ut exemplo stipulationis magis simili, et illi stipulationi, de qua propositum est, magis congruente utamur, *fingamus*, et quæ sequuntur. Observandum est enim in hoc exemplo, quo modo usus erat. *Stichum, et Damam, et Erotem sistes? si quis eorum non stiterit, decem dabis?* duplicem esse stipulationem, unam puram, de rebus quas fieri volumus: alteram pœnæ conditionalem, si id, quod pure promissum erat, factum non erit. In hac autem conceptione, si *illud, aut illud factum non erit*, una tantum stipulatio est pœnæ, quæ a conditione incipit, exemplum igitur illud

ab hoc paulo remotius. Ideo subjecit exemplum Julianus, quod ad conceptionem propositam propius accederet: quod est tale, *si Stichum, et Damam, et Erotem non dederis, decem dabis?* Jam enim in utroque horum una stipulatio incipiens a conditione, ut quod de uno dixeris, caussa dici non possit quin de altero intelligatur. Sed quia utrumque horum non est exploratum, in hac nimirum stipulatione, *si illud, aut illud factum non erit*, utrumque esse faciendum, et hanc stipulationem esse illi similem, *si hoc et illud non feceris:* ideo visum est Juliano id confirmare paulo pluribus, idque est, quod agit in §. *sequenti*, ut mox dicetur.

Interim † utilitas hujus definitionis notanda est. Est autem hæc, ut, si velimus nobis dari, fieri res duas, ac, nisi fiant, pœnam: non metuamus ita stipulari, *si hoc, aut illud non fecerit, decem dabis?* quoniam his verbis, etsi disjunctivis, hoc continetur, ut utrumque fiat, et contra, si ex pluribus rebus velimus nobis unam tantum fieri: sciamus, cavendum esse, ne ita stipulemur, *si hoc aut illud non feceris, decem dabis?* postquam ex his verbis utrumque faciendum, et præstandum est, ne pœna dabeatur. 3

Ad §. 3. *Utrum ita concipias.*

Utrum ita concipias stipulationem, *Si illud, aut illud factum non erit* an hoc modo *Si quid eorum factum non erit, quæ ut fierent, comprehensa sunt*, hoc interest: quod quamvis altero facto, verum sit, hoc aut illud vere factum esse: non ideo tamen verum erit, hoc aut illud factum non esse: nam simul ea possunt esse vera, quamvis inter se contraria sint: quia cum significatio non esse universo, sed ex aliquo sumitur, si veri aliquid insit, veram efficit totam orationem: sicut e contrario duæ orationes pugnantia continentes simul falsæ sunt: veluti, si qui libertorum partim puberes, partim impuberes decesserint, nam et hoc falsum erit, omnes impuberes decessisse; et illud, omnes puberes decessisse. Id accidit, quia significatio sumitur ex universo; in quo si aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit. Animadvertendum igitur est, quid sit, de quo quæritur. Nam cum ita concipio, *Si illud, aut illud non erit;* quæri debet, an aliquid factum non sit. Illius effectus hic est, ut neutrum fiat; hujus autem, ut utrumque fiat: nec in illo prodest aliquid non fecisse, si aliquid factum sit, neque in hoc aliquid fecisse, si aliquid factum non sit.

Ad §. 4. *Proinde si quis.*

Proinde si quis ita interroget, *Eorum quid, quæ tibi objiciuntur, fecisti*, ille neget: hoc exprimit, Eorum, quid quæ objiciuntur, non feci: idest, nihil eorum feci.

SUMMARIA.

1. *Illius stipulationis*, si illud, aut illud factum non erit, *effectus est, ut utrumque fiat: hujus autem*, si quid eorum factum erit, quæ ut non fierent, comprehensa sunt, *ut neutrum fiat*, et n. 4. et seqq.
2. *Duo in hoc §. esse menda, et quæ sit emendatio*, et n. 3.

1 Quod supra dixerat, † in hac stipulatione, *si illud, aut illud factum non erit*, hoc exigi, ut utrumque fiat: confirmat, ut paulo ante dixi, hoc §. Julianus cum ratione ex conditione sumpta, tum comparatione hujus stipulationis, *si quid eorum factum erit*; quod ex interpretatione loci intelligetur.

Sed prius quam ad eam accedimus, mo-
2 nendi sumus, † in principio hujus loci duplex esse mendum; quo non restituto, stulte de sententia loci quæritur. Nam primum in illis verbis, *si quid eorum factum non erit, quæ ut fierent, comprehensa sunt*, transponenda negatio est, et ita legendum, *Si quid eorum factum erit, quæ ut non fierent, comprehensa sunt*, ut et ab aliis est animadversum, neque difficilis animadversio est: liquet hoc ex illis verbis, quæ sequuntur: *illius effectus hic est*. Nam illic Julianus ait alterutrius ex his stipulationibus effectum hunc esse, ut neutrum fiat; hic vero, effectus nulli plane stipulationi convenire potest, nisi ei, cum de pluribus rebus stipulamur, ne fiant; et, si quid eorum factum erit, stipulamur pœnam. Et quod quidam dicunt, Julianum hoc loco distinguere has stipulationes, *si illud, aut illud factum non erit*, et, *si quid eorum factum non erit*, quasi prior illa sit particularis, hæc autem *si quid factum non erit*, sit universalis, at vim habeat hujus orationis, *si nihil eorum factum erit*, satis hoc ipso loco refellitur. Nam ex hac stipulatione, *si quid eorum factum non erit*, utrumque faciendum est. §. *præced.* Ex ea autem, *si nihil eorum factum erit*, sufficit alterum fecisse, ne stipulatio committatur. §. *si quis autem*, *seq. ead. L.*

3 Deinde † in illis verbis, non *ideo tamen verum erit*, manifestum mendum est, ut enim hæc verba sunt, declaratur, si ex duobus unum feceris, alterum non feceris: non esse verum, hoc, aut illud factum non esse; quod cum ipsum per se aperte falsum est: tum vero Juliano evidenter propositum est hoc loco contrarium dicere et probare, nempe, uno ex duobus facto, quamvis verum sit, hoc aut illud factum esse: tamen nihilominus verum esse, hoc aut illud factum non esse. Evidentius hoc sequentia verba ostendunt, quam ut in eo probando immorari oporteat. *Nam*, inquit, *simul ea possunt esse vera*. Legendum est igitur hoc modo: *quamvis altero facto verum sit, hoc aut illud vere factum esse: non ideo tamen verum non erit, hoc aut illud factum non esse*, idest nihilominus tamen simul verum erit, hoc aut illud factum non esse. Hoc et Goveanus recte animadvertit, et emendavit. *Lib. 2. Lect. Cap. 22.*

Hoc intellecto de lectione hujus loci, nunc ejus paraphrasim subjiciam. Ut intelligatur, id ipsum esse de hac stipulatione, *si hoc, aut illud factum non erit*; id esse, inquam, quod modo dixi, exigere illam nimirum, ut utrumque fiat: inter hanc stipulationem, *si hoc, aut illud factum non erit*, et hanc, *si quid eorum factum erit, quæ, ut non fierent, comprehensa sunt*, hoc interest, quod sequitur ex eo, quod nunc subjicio: ex quo id quod quæritur, idest quod supra dixi, facile intelligetur. Sciendum est enim, † 4
cum ex his aut quæ priore stipulatione fieri volumus, aut quæ posteriore volumus non fieri, unum tantum factum est, eodem tempore hæc duo vera esse, *hoc, aut illud factum est*, et, *hoc, aut illud factum non est*: et, quod idem valet, *quid eorum factum est*, et, *quid eorum factum non est*. Non obstat, quod hæ orationes verbis sunt contrariæ; nihilominus enim simul veræ esse possunt; verbis enim et conceptione sunt contrariæ: re non sunt. Id confirmat ex præceptis dialecticorum. Sumuntur enim, inquit, hæ propositiones ex aliquo, idest ex parte, non ex universo: idest particulares sunt, non universales; nihil autem prohibet, duas orationes particulares, quarum una quid de aliquo affirmet, altera de aliquo neget, simul esse veras, quoniam si quid in his vel minimum verum sit, veram efficit totam orationem; ut hic, cum unum ex duobus factum est, recte dixeris aliquid factum esse (nam et uno facto aliquid factum est): et simul recte, aliquid non factum esse, quia, uno rursum non facto verum est, aliquid, sive hoc aut illud, factum non esse. Orationes contrariæ tunc demum simul veræ esse non possunt, quoties aut ambæ sunt universales, ut, *omne factum est, quod debuit*; *nihil eorum factum est, quæ oportuit*; aut una, ut, *nihil eorum factum est quæ, ut fierent, comprehensa sunt*; *aliquid eorum factum est, quæ, ut fierent, comprehensa sunt*; hujusmodi orationes cum sunt, ambæ possunt esse falsæ: ut in hoc exemplo, quo utitur, si fingas, ex filiis quosdam impuberes decessisse, alios puberes: has orationes universales ambæ erunt falsæ, *omnes impuberes decesserunt*: *omnes decesserunt puberes*. Fieri potest, ut una ex his sit vera. Illud nunquam potest fieri, ut utraque sit vera. Id eo fit, inquit, quia cum oratio universalis complectatur omnia, quæ aut affirmet, aut neget: si quid ex ea vel minimum falsum sit, tota oratio falsa est, ut si dicam, omnes homines currere, satis est ad propositionem refellendam, ut dicas non ita esse, si vel

unus tantum proponatur, qui non currat. In summa huc redit hæc disputatio, ut maneat illud, quod supra posui, cum unum ex duobus factum est, utrumque hoc simul verum esse, et, hoc aut illud factum esse, quia aliquid factum est, et, hoc aut illud factum non esse, quia aliquid factum non est; ac proinde quid eorum factum esse, et quid eorum factum non esse.

Quorsum hoc? ut intelligatur, cum res ita se habeat, quærendum esse, utrum ex his sumamus potissimum, ut stipulatio committatur, aut non committatur; neque enim utrumque simul sequi possumus, cum ex una conditione stipulatio committatur; ex altera non committatur. Utrum igitur, inquam, ex his sequimur? Cum res ita sit, nempe animadvertendum est, inquit, quid sit, de quo quæritur, et id solum spectandum, et sequendum. Conditio est autem in his stipulationibus, de qua quæritur, utrum exstiterit, necne; proinde in illa stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, quæri debet, an aliquid factum non sit. Nam de eo agitur, an aliquid factum non sit: ac proinde, si quid proponatur factum non esse, stipulatio committetur; quemadmodum contra in hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, quæri debet, quid factum sit, et ex eo, quod factum erit, hic quoque stipulatio committitur.

His positis hinc exsistit effectus ille, quem demonstrare Juliano propositum est, et illa differentia, quam initio hujus §. posui, nem-
5 pe ut † in illa oratione, *si quid eorum factum erit*, neutrum fieri debeat, si volumus non committi pœnam; in hac autem, *si illud, aut illud factum non erit*, debeat utrumque; optima ratione, quam significat sequentibus verbis, et quæ ex præcedentibus illis satis intelligitur, quod, cum in illa stipulatione, *si quid eorum factum erit*, solum quærendum sit, quid factum sit: non prodest aliquid factum non esse, si probari possit aliquid factum esse: et ideo ex eo stipulatio committetur; ut proinde, quemadmodum dixi, necesse sit neutrum fieri, si velimus stipulationem non committi. Et contra in hac stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, cum quæratur, quid factum non sit, nihil prodest unum aliquid factum esse, si possit dici, aliquid factum non esse. Nam hoc spectamus, quid factum non sit, et ex eo stipulatio committitur.

6 Porro † in hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, hoc contineri, ut neutrum fiat, quæ ut non fierent, comprehensa sunt, probat ipse deinde in illis verbis, *proinde si quis*, hoc argumento. Nam is, qui ita promisit pœnam, si quid eorum fecisset, necesse habet ad pœnam evitandam ita dicere, *ego quid eorum non feci; itaque pœnam ex conditione non debeo.* At his verbis, *quid eorum non feci*, hoc exprimitur, *nihil eorum feci*: quibus verbis se neutrum fecisse dicit. Pœnam igitur evitare qui volet, necesse est, ut neutrum fecerit. Illis autem verbis, *quid eorum non feci*, hoc declarari, *nihil eorum feci*, probat ex quotidiano sermone, et rebus notissimis. Nam, cum reus, pluribus objectis criminibus, ita interrogatur, *quid eorum fecisti?* et respondet, *quid eorum non feci*: omnes intelligunt, hoc eum dicere, *nihil eorum feci*. Ergo idem in superiore stipulatione intelligendum est.

Ex his puto intelligi, verum esse, quod dixi initio, Julianum hac tota disputatione id unum agere præcipue, ut probet, verum esse, quod dixerat, et de quo maxime poterat dubitari, in hac stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, non esse satis unum fieri, sed oportere fieri utrumque, si quis efficere velit, ne conditio hujus stipulationis exsistat, ac proinde stipulatio committatur. Quodque de hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, insertum est, id probationis et argumenti caussa insertum esse, ut ex hujus stipulationis jure existimare liceret, id esse in altera, quod supra dicebatur.

Id melius poterit intelligi, si sententiam totam Juliani paucis comprehensam apertius nunc subjecero. † Est igitur hæc: hac stipu- 7
latione, *si illud aut illud factum non erit, centum dabis?* continetur, ut utrumque fiat, quia et si ex rebus promissis unum factum sit: tamen nihilominus verum est, hoc, aut illud factum non esse. Atqui hoc quærendum et spectandum in hac stipulatione, quid factum non sit. Quare ex eo, quod factum non erit, tam stipulatio committetur, quam si utrumque factum non esset. Id autem in hac stipulatione esse spectandum, quod factum non est, intelligere licebit ex comparatione hujus stipulationis, *si quid eorum factum erit, quæ ut non fierent, comprehensa sunt*. Etsi enim inter has stipulationes hoc interest, quod in hac posteriore hoc agitur, ut nihil fiat; in priore ut utrumque: tamen inter eas hoc convenit, quod in utroque genere, si unum ex his, quæ fieri debebant, aut non debebant, factum sit: simul utrumque verum est, et aliquid factum esse, et aliquid factum non esse. Et tamen in hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, non spectamus utrumque, sed dumtaxat quid factum sit, et ex eo stipulationem commit-

timus. Similiter igitur et in illa stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, non spectabimus utrumque, sed id dumtaxat, de quo quæritur, nempe quid factum non sit: simulque ex eo si quid factum non erit, stipulatio committetur.

Ad §. *Si quis autem.*

Si quis autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet, *Illud aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?*

SUMMARIUM.

1. *Quomodo concipienda stipulatio pœnalis, cum ex duobus in stipulationem deductis non utrumque, sed alterutrum fieri volumus.*

Postquam hujus orationis, *si illud, aut illud factum non erit*, hæc vis, et significatio est, ut non possit adhiberi, nisi tum, cum volumus, ut utrumque fiat: † quid fiet, si 1 ex duobus unum tantum fieri velimus, et nisi ita fiat, ut volumus, stipulemur pœnam? Cavet Julianus hoc loco stipulationem ita concipi oportere, *illud, aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?* Recte. Satis est enim quid fieri, ne hæc stipulatio committatur. Quid enim ex his factum erit, etiam si erit minimum, illa oratio universalis, *nihil eorum factum est*, erit falsa, ut in §. *præcedenti* dictum est. Quod si falsa est: consequens est, uno facto, ut volebamus, conditionem stipulationis defecisse, ac proinde stipulationem non esse commissam. Hoc sentit ex Dialecticorum præceptionibus, cum subcontraria oratio vera est, ei contrariam universalem propositionem falsam esse.

Ad §. *Item.*

Item si paterfamilias in testamento ita scripserit: *Si quis mihi filius, aut filia gignetur,, heres mihi esto. Si mihi filius aut filia heres non erit, Sejus heres esto,* non satis voluntatem suam declaravit: si non aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius neque filia heres sit, hoc enim modo concipi oportet, *Si mihi nec filius, nec filia heres erit.* Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis cum filiam, et filium habeat, utrumque heredem instituere velit: sed sive alter futurus heres sit, extraneum miscere: sive neuter, extraneum substituere. Sed proclivius est, sententiam testatoris sic esse interpretandam, ut sive filius, sive filia nati eis fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit.

SUMMARIUM.

1. *Quomodo accipienda hæc substitutio:* Si mihi filius, aut filia heres non erit, Sejus heres esto.

Ex eo, quod dixit, hac oratione, *si illud aut illud factum non erit*, hoc contineri, ut utrumque fiat, nec sufficere unum factum esse, ne conditio existat, introducitur hæc

1 quæstio hoc loco, † quid judicandum sit de hac institutione: *Si filius aut filia mihi gignetur, heres esto: si mihi filius aut filia non gignetur*, sive, *si heres non erit. Sejus heres esto*. Si neque filius, neque filia heredes sunt, Titium admitti constat; utroque nato, constat eum excludi. Quid, si unus tantum natus erit sive filius, sive filia? an vero et cum eo Titius admittetur? Respondet Julianus convenienter superioribus, quamvis unus natus sit, quia tamen uterque natus non est, substitutioni locum esse: quia verum sit, hoc aut illud factum non esse. Ut enim, cum stipulor pœnam, *si illud aut illud factum non erit*, si unum factum non sit, stipulationi locus est: sic cum quis substituitur, *si illud aut illud natum non erit; si ille aut ille heres non erit*, uno non nato, uno herede non exsistente, substitutioni locus erit. Denique hujus conditionis hæc potestas est, ut si neuter ex filiis heres est, Titius substitutus sit heres ex asse: si alter dumtaxat heres exsistit, Titius extraneus sit admixtus heres, id est conjunctim cum filio succedat, in easque res superior conditio potest esse utilis. Quod si testator velit unum natum solum heredem esse: si his verbis utatur, quæ supra proposita sunt, perperam utitur, et aliud exprimit, quam sentiat.

Sed hæc ex verborum significatione dicta sunt. Cæterum in hac specie institutionis et substitutionis proclivius est existimare hanc esse mentem testatoris, ut si vel unus filius nascatur, is solus sit heres, et Titius excludatur, quod non tam ex voto parentum colligitur, quam ex præcedenti institutione, ex qua apparet, testatorem sic instituisse filios, ut etiamsi unus ei natus esset, vellet eum heredem esse solum, huic alium substituendo sub contraria conditione. mutasse voluntatem et judicium prioris institutionis non est existimandus.

Ad L. *Si quis ita*. 14.

Martianus *lib. 6. Institutionum*.

Si quis ita scripserit, *illis, qui testamentum meum signaverint, heres meus decem dato*. Trebatius utile legatum esse putat, quod Pomponius verius esse existimat: quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis, quod verum esse existimo.

SUMMARIUM.

1. *Legatum relictum* illis, qui testamentum meum signaverint, *utile est*.

1 HIS verbis, *illis, qui testamentum meum signaverint, heres dato*, plane incertis personis legatum est, si initium spectetur. Nam neque qui signaturi sint, intelligitur; neque his designatur ex certis personis, ut proinde secundum regulam juris antiqui inutile legatum videatur. §. *incertis. Inst. de leg.* Marcianus hoc loco defendit, certis personis legatum videri: proinde esse utile legatum, quia inquit, *testamentum confirmatur testibus adhibitis*. Significat, ideo legatum valere, quia testamentum signabunt, a principio quidem ignoti, et incerti testatori: at postea necesse est testatori viventi certos et notos fieri, quia non signabunt testamentum, nisi adhibiti et rogati a testatore, dixi de re tota *ad L. quidam. supr. eod.*

Ad L. *Quædam.* 15.

Idem *libro secundo Regularum.*

Quædam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur: et apparet quid actum est. Ut ecce, si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit. Nam si quidem voluerit legatarius habere legatum: tradito nulla est, si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres, nam si quidem non repudiaverit legatarius: alienam pecuniam credidit. Si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur. Quid ergo si consumpta fuerit pecunia? Utique idem erit ex eventu dicendum.

S U M M A R I A.

1. *Res dubiæ triplicis generis. Regulæ de unoquoque genere traduntur.* et n. seqq.
6. *Quid juris, si rem legatam heres alienaverit.*

1 Quædam sunt res dubiæ. † quæ nullo
modo, nulla præsumptione explicari possunt.
2 † In his nihil agitur, nec quod non intelligitur,
tanquam esse debeat, ulla æquitatis
ratione defenditur, cujusmodi est, si testator
aliquid leget, persona legatarii non adscripta:
L. 3. *supr. eod.* aut si leget, persona adscripta,
sed uni ex pluribus, et, ea quæ
3 sit non appareat. *L. si fuerit. sup.* † Quædam
sunt, de quibus certi aliquid affirmare non
possumus: sed conjectura aliqua et præsum-
4 ptione res potest explicari. † In his id valet,
pro quo ea præsumptio facit, sequimur enim
eam præsumptionem, quandiu nihil contra
pietatem, aut bonos mores faciamus, veluti
cum, patre et filio pariter mortuis, credimus,
filium supervixisse, et quæ sunt similia in
5 *L. qui duos,* §. *cum bello, et seq. supr.* †
Quædam sunt, quæ a principio nullo modo
explicari possunt, sed pendent ex eventu, has
neque statim dicimus valere, neque rursus
non valere: sed jubemur exspectare eventum,
ex quo de re in præteritum judicetur. Id
est, quod agitur hoc capite. Demonstratur
autem id exemplo rei legatæ, quæ utrius sit,
heredis an legatarii, prius quam legatarius
repudiarit, responderi non potest. Itaque † si 6
quid de ea interim heres statuerit aut rem
legatam tradendo, aut pecuniam legatam
mutuam dando: si quis roget, utrum quid
horum valeat, an non: quoniam ita valent,
si heres dominus fuerit; si non fuerit, non
valent, neque adhuc statui de hac re potest,
respondebimus, de ea re nihil posse nunc
affirmari: de eo judicandum esse ex eventu,
utrum legatarius legatum agnoscat, an repudiet.
Si legatarius legatum non repudiet,
res retro ejus fuisse videtur ab adita hereditate:
si repudiet, videtur nunquam ejus
fuisse, sed semper heredis. Ex eo quid valeat,
aut non valeat antea gestum ab herede,
statuendum est. *L. legatarius,* 38. §. 1. *L. servum filii,* 44. §. 1. *L. si tibi homo,* 86. §. *cum servus, de leg.* 1. *L. legatum,* 80. *D. de leg.* 2.

Ad L. *Quod de pariter.* 16.

Idem *libro tertio Regularum.*

Quod de pariter mortuis tractamus, et in aliis agitatum est. Ut ecce: si mater stipulata esset dotem a marito mortua filia in matrimonio, sibi reddi, et simul cum filia periisset: an et heredibus matris actio ex stipulatu competeret? Et divus Pius rescripsit, non esse commissam stipulationem; quia mater filiæ non supervixit.

SUMMARIA.

1. *Si mater dotem, quam dabat, sibi, mortua in matrimonio filia, reddi stipulata sit; et simul eum filia perierit: heredi ejus actio non competit.* et seqq.
2. *Stipulatio conditionalis committitur, existente conditione.*
4. *Thesis priore loco posita vindicatur a contrariis argumentis.* et seqq.
5. *Stipulatio conditionalis qualenus ad heredes transmittatur.*

1 Mater, † cum dotem pro filia daret, stipulatu est a marito dotem reddi, et sibi reddi, sub conditione, si filia in matrimonio decessisset: mater et filia una obierunt: quæsitum est, an heredibus matris actio ex stipulatu competat. Pius Imperator rescripsit, non esse commissam stipulationem: ut intelligatur, actionem de dote heredibus matris non competere ex ea stipulatione, cujus conditio defecit. Et hoc, inquit, *quia mater filiæ non supervixit.*

Sed quomodo defendemus, non esse commissam stipulationem? Nam eum constet, mulierem ante maritum, a quo dos repetitur, decessisse, et ita decessisse in matrimonio id est stante matrimonio, exstitit
2 conditio stipulationis: quod † si exstitit, haud dubie stipulatio est commissa, §. *sub*
3 *conditione, Inst. de verbor. obligat.* Et † observandum est, in hac stipulatione non fuisse tantum hanc conditionem, *si filia in matrimonio decesserit.* Stipula est enim præterea mater dotem reddi sibi ipsi, in quibus verbis inest conditio altera, *si mater vivet, mortua filia,* propterea quod matri reddi non potest, nisi viventi: mortuæ non potest. Hæc vero conditio non exstitit. Nam mater, mortua filia, non vixit. Id ita judicavisse Imperatorem ex ea ratione, quam reddidit, apparet. Hoc enim illud est, quod dicit, ideo non esse commissam stipulationem, quia mater filiæ non supervixit, quod perinde est, quasi diceret, superiore stipulatione id actum esse, ut mater filiæ superviveret, quod non accidit: ut proinde, deficiente conditione, stipulatio non sit commissa.

Hic nobis occurritor ex §. *ex conditionali, Inst. de verb. obl.* ex quo probatur, juncto §. *præcedenti,* in hujusmodi stipulationibus, *Si Titius consul factus fuerit, decem mihi dare spondes?* † in hac adiectione, *mihi dari,* aut conditionem nullam esse, aut certe non esse ejusmodi, quin, conditione stipulatione expressa postea exsistente, actio acquiratur heredibus stipulatoris. Nam illic ita scriptum est, ex conditionali stipulatione spem transmitti ad heredes, quamvis stipulator, pendente conditione necesserit. Quod sane huic quæstioni convenit. Nam mater stipulata est dotem sibi reddi sub conditione, si filia in matrimonio decessisset. Exstitit postea hoc conditio, etiam si mortua jam matre filia decessit. Igitur stipulatio heredibus committetur, nec iis obstabit quod mater nominatim stipulata est sibi reddi, non heredibus. Nam non eo minus spes conditionalis stipulationis ad heredem transmittitur, quia stipulator sibi dari caverat, ut dicto §. *ex conditionali, et præcedenti* demonstratur. 4

Ego puto. † quod dicitur, stipulationem conditionalem transmitti ad heredes, quamvis stipulator, pendente conditione, decesserit, de ea accipiendam esse, in qua quis stipula- 5

tus est sibi dari, aut reddi quidem et fieri aliquid, sed indefinite. Nam hæc omnia ad alios quoque quibus per nos acquiri potest, transeunt; ideo etiam ad heredes nostros. Quod si quis stipulatus sit quid sibi fieri, omnimodo persona stipulantis continetur. §. 1. §. *sed cum factum. Inst. de stip. serv.* Ex quo eveniet, ut, ut, nisi prius ejus rei obligatio, et actio constiterit in persona stipulatoris, ea postea heredibus ex persona eorum non acquiratur: quod ex hoc etiam loco non improbabiliter defendetur. Itaque dicetur ita commode, spem conditionalis stipulationis ad heredem transmitti: sed hac lege, si res sit, quæ ad heredes transeat; et nisi id actum sit ut stipulatori ipsi res prius acquireretur. Quod si factum erit: actio quæ a stipulatore non cœpit, non incipiet ab heredibus. Cautum quidem est postea a Justiniano, actiones ab heredibus posse incipere: *L. unica, C. ut actio. ab her.* sed ita, si res hoc modo contracta esset, ut daretur heredibus, aut daretur, mortuo stipulatore, ut diserte ea constitutione declaratur *in prin. et in fin.* Quod ad hanc stipulationem non pertinet, qua mater nominatim sibi reddi dotem stipulata est, non heredibus.

Interim illud notandum est, ✝ de matre 6
et filia pariter decedentibus significari hoc loco, non videri matrem filia supervixisse, sed aut una cum filia, aut antea decessisse, ante vero decessisse existimari traditum est in *L. cum pubere, infr. eod.* Nihil habet commune cum quæstione hujus loci species ea, quæ refertur in *L. qui duos. §. si maritus, supr. eod.* Mater, quæ dotem stipulata erat sibi reddi hac ipsa conditione, si filia in matrimonio decessisset, filia in matrimonio decedente ex stipulatu agit. Recte. Nam vivit mater, nempe ea, cui stipulatio committi potest, hic mater non supervixit: neque porro stipulatio committi, potest ejus heredibus.

Ad §. ult. *Item.*

Item quæritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est: simul cum marito decesserit; vel cum ea, propter quam stipulatus est: an ad heredem suum actionem transmittat.

Ad L. *Idem.* 17.

Paulus *lib.* 12. *ad Plautium.*

Idem est, si dos uxori prælegata sit, et simul cum marito perierit.

Ad L. *Sed et in illo.* 18.

Martianus *lib* 3. *Regularum.*

Sed et in illo quæritur si pariter pupillus, et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit: an frater fratri heres existat, an contra? vel si duo invicem necessarii substituti sunt, et una perierint: an heredes extitisse videantur? vel alter alteri, hoc est invicem hereditatem rogati fuerint restituere? In quibus casibus, si pariter decesserint: nec appareat, quis ante spiritum emiserit: non videtur alter alteri supervixisse. Sed et circa legem Falcidiam, si dominus cum servis simul vita functus sit: servi quasi in bonis ejus mortis tempore fuerint, non computantur.

SUMMARIUM.

1. *Ex duobus simul parentibus, quorum alter non sit pater, alter filius, neuter alteri supervixisse creditur.*

1 Habent hæc capita hane sententiam. † Quoties duo, quorum unus pater non est, alter filius, pariter decedunt: neuter alteri supervixisse judicandus est. Ex eo recte colligitur, neutrum ex alterius testamento cepisse, neutrum alteri heredem exstitisse, neutrum alterum superstitem tempore mortis in bonis suis habuisse. Nam, ut capias quid ex alterius testamento, ut illi heres sit, prius oportet illum defunctum esse, te superstitem. Vide cætera ad *L. qui duos*, §. 1. *et seqq. supr.*

Ad L. *Si cognatis*. 19.

Ulpianus *lib. XXV. ad Sabinum.*

Si cognatis legatum sit, et hi cognati quidem esse desierunt, in civitate autem maneant: dicendum deberi legatum: cognati enim testamenti facti tempore fuerunt.

SUMMARIA.

1. *Legatum* cognatis *relictum debebitur et iis, qui postea cognati esse desierint, dummodo civitatem retineat: et iis, qui ante mortem testatori cognati esse per adoptionem cœperint.* et n. 9. et 12. seqq.
2. *Dubitandi rationes, et ad eas responsio.* et seqq. 25. seqq. 19. seqq.
3. *Falsa demonstratio non nocet, si constet, quid testator senserit* et n. 5.
4. *Interpretatio* L. *falsa*, 33. §. 2. D. de condit. et demonstrat.
6. *Quoties certo personarum generi legatur, debetur etiam iis, qui postea esse desierint ex eo genere.*
7. *Quinam cognati esse desinant.*
8. *Arrogatus a patre meo in locum filii sit mihi frater, adgnatus, et cognotus.*
10. *Quibus modis civitas amittitur, iisdem et patria potestas solvitur, et adgnatio.*
11. *Legari non potest, nisi iis, cum quibus est testamenti factio.*
13. *Mortis potissimum tempore spectatur voluntas testatoris.*
14. *Testator, quandiu vivit, potest voluntatem mutare.*
15. *Demonstratio*, meus, meum, *ad quodnam tempus referri debeat.* et seqq.
17. *Stipulatione*, ne luminibus officiatur, *non solum præsentia, verum etiam futura continentur.*
19. *Legato liberis relicto an contineantur per adoptionem postea quæsiti*, et seqq.
20. *Adoptivi liberorum numero sunt juris civilis commento.*
23. *Ad Legatum* cognatis *relictum utrum omnes cognati admittantur, an vero proximus quisque* et n. 24.

1 Testator † ita scripsit: *cognatis meis centum dari volo.* Quidam ex iis, qui cognati erant tempore testamenti facti cognati esse desierunt, viva adhuc testatore, ut, moriente eo et legati die cedente, cognati non essent. Hi, mortuo testatore, legatum petunt. Contradicitur eis ab berede. Ait ille, se jussum esse videlicet cognitis dare, ipsos non esse cognatos. Quæstio, an his legatum debeatur, etiam qoi cognati esse desierint. Ulpianus etiam iis deberi ait, si modo in civitate maneant. Quod cujusmodi sit, videndum est; hos enim potius ad legatum admitti non debere dicendum videtur. Deficiuntur enim primum verbis; si non verbis: at certe testatoris voluntate. Verbis quidem, ut videtur, ideo quia ut dixi, heres jussus est dare cognatis, et hi cognati non sunt. Sed facilè

hoc hoc explicatu. Respondebimus enim, et
hos cognatos esse illos, quos testatur appella-
rit. Nam cum legavit cognatis suis, cognatos
suos quos tunc habuit, cum legabat, intelle-
xit. In quo numero hi fuerunt: qui legatum
petunt. Cognati igitur et isti ex his, quos
testator designavit. Nec ad rem pertinet,
quod postea cognati esse desierunt; non
enim eo minus verum erit, illos ex iis co-
gnatis fuisse, quibus testator datum voluit,
quibus postea non ademit.

2 Sed † videamus, ne hoc non sit satis ad
voluntatem et judicium testatoris, ipso initio
fuisse cognatos, nisi et cognati esse perseve-
rent: et, si cognati esse desierint, iis nec le-
gatum datum videatur. Hic enim cognatis
ut cognatis datum est, idest hac solum de
caussa, quod cognati essent. Fecit igitur lo-
cum legato personæ conditio: ita, conditione
mutata, cessabit legatum, quia deficiat vo-
luntas et judicium testatoris, arg. *L. in om-
nibus caussis id observatur, D. de reg. jur.*
Nos vero negabimus, istis legatum esse hac
solum de caussa, quod cognati essent. Nihil
enim ejusmodi factum proponitur in hoc
legato; quin potius hæc oratio, *cognatis*
3 *meis* demonstratio est, † quæ, etiam si falsa
esset, non noceret, dum aliter constaret de
personâ legatarii. *L. demonstratio, L. falsa,
infr. de cond. et demon.*

Videtur tamen Paulus in *d. L. falsa, §.
sed etsi, infr. de cond. et demon.* hanc sen-
tentiam probare, quoties certo generi perso-
narum quid legatur, conditione mutata, ni-
hil deberi. Si, inquit, *alicui quasi liberto,
idest inter libertos legatum fuerit; non idcir-
co legatum amittit, quia postea anulos ad
Imperatore acceperit. Nam honor ejus auctus
4 est non conditio mutata.* † Quod ait, alicui
quasi liberto, idest inter libertos legatum esse,
nihil aliud est, quam libertis legatum esse,
inter quos unus fuit, qui postea anulos aureos
acceperit; quod autem negat, eum amittere
legatum hac ratione, quod conditio ejus non
sit mutata: declarat, si ejus conditio mutata
essent, idest si libertus esse desiisset, futurum
fuisse, ut nihil ei debeatur. Sed ille locus
sic interpretandus est, si liberto quasi liber-
to; sive libertis quasi libertis, idest hac con-
ditione, si liberti mansissent, legatum sit.
Nam, hac conditione expressa, *nisi quis li-
libertis manserit*, nihil debetur: non expres-
sa, tantummodo caussa, aut, demonstratio
5 legato adjecta est: quorum † utrumque, quam-
vis falsum sit, legata non nocet. *L. demon-
stratio, §. pen. infr. de cond. et demon.*

Igitur hoc ratum est, si quid cognatis le-
gatum sit: legato contineri cognatos qui fue-
runt testamenti facti tempore quamvis postea
cognati esse desinat. Quo exemplo generaliter
recte ita definiemus: † quoties aliquid certo 6
generi personarum legatum est, omnibus, qui
sunt ex eo genere, quo tempore testamentum
fit, legatum deberi: quantumvis postea ex eo
numero esse desierint; ut si quis legaverit
contubernalibus suis, et ii contubernales esse
desinant: si artificibus hujus civitatis, et qui-
dam desinant esse civitatis artifices: si lega-
verit famulis suis, et ii e famulitio exierint.

Ait Ulpianus, *si cognati esse desierint*,
quasi qui cognatus est, aliquo casu cognatus
esse desinat. Atqui jura sanguinis nullo jure
civili dirimi possunt. *L. jura. D. de reg.
jur.* Et † hoc ita est: si quis natura cogna- 7
tus est, idest sanguine coniunctus, is nullo
modo cognatus esse desinit; quare de co-
gnatione naturali hic locus accipi non po-
test. Ac plures sunt etiam caussæ, cur etiam-
si qui vere cognati sunt cognati esse desinat,
tamen hæc significatio huic responso non
congruat. De iis ergo cognatis locus intelli-
gendus est, qui nobis coniunguntur per ado-
ptionem. Finge, patrem meum aliquem fi-
lium sibi arrogare. † Is frater meus fit jure 8
civili, idemque agnatus, quia est in potestate
ejusdem patris: et quia agnatus etiam co-
gnatus. *L. qui in adoptionem, D. de adopt.
L. non facile. §. 1. L. Jurisconsultus, §. 1.
D. de grad.* Fac, me, cum miles essem, te-
stamento legavisse cognatis meis, in quibus
illum adoptivum fratrem esse sciebam;
eumdem postea emancipatum a patre. Eman-
cipatione sic desinit esse in potestate patris
mei, ut neque illi filius; neque mihi amplius
sit frater, aut cognatus: denique nullum ex
pristino jure remanet vestigium. *L. in omni,
D. de adopt. §. eadem. Inst. de hered. quæ
ab intest. def.* Dicimus, hunc nihilominus
legatum recte petiturum.

Addit exceptionem Ulpianus, † dum mo- 9
do qui desierunt esse cognati, in civitate ma-
neant. Hoc ideo, quia, si is, qui mihi per
arrogationem coniungebatur, non emancipa-
tione desinat esse cognatus, sed deportatione
et iis capitis deminutionibus, quibus civitas
amittitur (nam † his modis multo magis 10
quis in potestate patris esse desinit, eoque
etiam desinit esse agnatus. *§. cum autem.
Inst. quib. mod. jur. juspatr. po. sol. §. ult.
Inst. de leg. ag. tut.*): huic legatum non debe-
bitur: non quia nunc non sit cognatus: sed
quia non est civis Romanus, idest is, cum
quo sit testamenti factio. *L. 1. C. de her.
inst.* † Solis enim legari potest, cum quibus 11
testamenti factio est. *§ legari. Inst. de leg.*
Quæritur e converso, † si testator cognatis 12

suis legaverit quo tempore quidam cognati ejus non fuerunt, an, si hi postea cognati esse cœperint, ut sint cognati tempore mortis, his legatum debeatur. Ait Ulpianus, etsi per arrogationem quis cognatus factus sit, hunc legatum consequi, et quidem facilius, quod
13 ideo adjecit, quia † voluntas testatoris tum præcipue spectanda est, eum is moritur: quoniam morte ejus sola confirmatur, ut quæ sit de iis tantum, quæ quis velit fieri post
14 mortem, † et quandiu testator vivit, possit revocari. *L. 1. D. qui test. fa. pos. L. 4. supr. de ad leg.*

Ergo duo statuit Ulpianus, primum, testatorem cognatis suis legando non tantum eos, qui tunc sunt, complecti: sed etiam eos, qui quandoque postea erunt. Hoc amplius non tantum cognatos, qui natura cognati fient, sed etiam qui fient jure civili
15 per arrogationem. Quorum † utrumque, si alios locos sequimur, falsum videtur. Legavit testator hoc modo: *cognatis mei centum heres meus dato.* Si Paulum audimus, his verbis testator solum cognatos, quos tempore testamenti habuit, designavit, nec qui postea erunt, continentur. Hac enim demonstratione, *meum*, semper, inquit, præsens, non futurum tempus ostenditur. *L. si ita. 7. supr. de aur. et arg. leg.* Ego vero de
16 hac Pauli definitione sic statuo, † quod ille ait, hoc verbo, *meum*, præsens dumtaxat tempus demonstrari, non ex significatione verbi ab illo dictum esse, sed ex loquentis sententia. Verbum enim, *meum*, nomen, aut pronomen cum sit, tempus non recipit, aut significat. Argumento erit, quod, salva ratione recti sermonis, non minus recte ita dicturus sum, *lego iis, qui cognati mei erunt; cum moriar:* quam hoc modo, *lego iis, qui nunc sunt cognati mei* unde intelligitur hoc verbum, *meum*, omnibus temporibus æque aptari posse. Et ideo recte Pomponius in *L. si servitus, su-*
17 *pr. de ser. orb. præd:* † in hac stipulatione, qua cautum est, ne luminibus meis officias, respondit; in re ambigua verbo generali omne lumen significari; sive quod in præsenti sive quod post tempus conventionis contigerit. Quod ergo a Paulo dictum est: hoc verbo præsens tempus demonstrari, ex sententia, inquam, testatoris loquentis dictum est. Qui enim de suis rebus loquitur, referre cogitationem solet ad eas, quæ sunt: non ad futuras, quoniam hæ quæ, et quales futuræ sint, et an, etiam ullæ ejus futuræ sint, testatori ignotum est, nemo autem de iis sentire existimatur, quas ignorat. Arg. *L. si quis ita. §. si quis. cum. supr. de test. tut.* Hoc cum ita se habeat; voluntas loquentis quærenda est, et quod verisimilius est, eum cogitasse, id sequendum. *L. cum in testamento, infr. eod. L. in obscuris, D. de reg. jur.* Animadversis vero his caussis, quarum de altera superius illud respondit Paulus, de altera agitur hoc loco, ita reperiemus, ideo res præsentes verbo, *meum*, contineri in specie Paulo proposita, quia testator de iis solum sentiret: in hac autem, de qua agimus, verbo cognatorum omnes, etiam qui postea erunt, contineri hac eadem ratione, quia testatoris voluntas hoc exigat.

De quo ut in universum possit statui, † 18
hæc erit regula sumpta ex his duobus locis, qua ad voluntatis interpretationem, et simul significationem hujus demonstrationis utamur: ut, si in præsentibus et futuris rebus eadem caussa et ratio sit, cur de iis pariter testator sentiat: qui suas res dixit, utrasque complexus videatur, ut hic, qui cognatos dixit, dixit et quos nunc habet, et qui ei postea contingent, quoniam una est ratio, et caussa legandi omnibus, omnes namque sunt cognati: erga omnes, qua cognati sunt, testator pariter est animo affectus. Quod si non una eademque caussa est, cur qui de præsentibus loquitur, etiam de futuris sentiat: qui res suas dixit, præsentes non futuras intellexit, quod accidit, cum quis vestem suam, et similes res legat, *d. L. 7. supr. de aur. et ar. leg.* Nam qui vult centum legare, non item vult ducenta, quam ob caussam, legatis præsentibus, non item res futuras legasse intelligitur, cum ea quales, et quantæ futuræ sint, ignoret.

Sed cum concesserimus, in hoc legato verbo cognatorum eos etiam contineri, qui postea exsistent: tamen illud, quod sequitur, non videtur concedendum, ut iis debeatur legatum, qui non natura cognati facti sint, sed per arrogationem. Nam hoc a veteribus omnibus receptum est, † si testator liberis 19
alicuius appellet, de quibus testamento caveat, quibus quid prospectum velit; liberos non contineri eos, qui postea per adoptionem facti sint. *L. si ita quis, 51. §. ult. supr. de leg. 2. L. fideicommissum, infr. de cond. et demon.* Et merito, † adoptivi enim liberi, 20
re vera liberi non sunt, sed juris civilis commento, sic enim vocat Papinianus in *d. L. fideicommissum.* Quod si liberi non sunt, qui pro liberis adoptati sunt, nec ad eos voluntas testatoris pertinet: multo minus ii cognati erunt ipsi patri adoptivo multoque, etiam minus cæteris, qui ab eo patre descenderunt. Et sane ex superioribus locis, præsertim ut est verborum significatio et voluntas testatoris in hac re non facile patientis sibi quemquam cognatum obtrudi, quem

21 ille nolit, aut non exspectarit, † fatendum est, legatum non deberi iis cognatis, quos alios, quam testator arrogaverit, ut bene Bartolus superioribus locis victus censuit. Exempli caussa filiusfam. miles legavit cognatis suis, ejus pater postea sibi filium arrogavit. Huic, quamvis testatoris cognato, nihil debebitur, ne sit in potestate patris, quemcumque velit adoptando, invito filio, eum ad legatum admittere. Et præterea re vera
22 cognatus non est. † Quod ergo hoc loco dicitur, nihilominus istiusmodi cognatis, qui per arrogationem facti sint, legatum deberi, restat, ut de iis intelligendum sit, quos testator ipse arrogaverit sibi postea, ad quos voluntas testatoris haud dubie pertinet. Hic enim eos arrogando satis declaravit, se habere eos filiorum et cognatorum loco.

Quæsitum est, † si plures erunt cognatorum gradus, an omnes cognati simul admittantur: an proximus quisque invitatus videatur. Ego simul omnes admitti puto, quoniam cognatis legatum est: omnes autem sunt cognati, quocumque tandem sint gradu. 23
† Tunc proximus quisque invitatus videtur in legato, quod familiæ relictum est, cum testator non semel omnibus, qui sunt ex familia, legavit: sed primum uni, et vetuit, ne extra familiam alienaret. *L. peto*, §. *ult. supr. de leg.* 2. Nam qui prærogativam gradus in primo legatario, qui erat ex familia, servavit, consentaneum est, eum eandem deinceps servasse in sequentibus gradibus. 24

Ad §. ult.

Cæterum si quis testamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem: facilius legatum consequitur. Si quis cognationi leget, idem est, atque si cognatis legasset.

SUMMARIA.

1. *Qui cognationi legat, cognatis legare intelligitur*, et n. seqq.
2. *Quinam cognati, quid cognatio.*
3. *Non recedendum a verborum significatione, nisi testatoris voluntate cogente.*
4. *Testatorem nihil agere voluisse, putandum non est.*

1 *Si quis cognationi leget:* † *idem est*, inquit, *atque si cognatis legasset.* Cur ita interpretamur, cum constet cognationem non significare cognatos? Nam † cognati sunt, personæ sanguine inter se conjunctæ, quasi simul natos dicas. *L.* 4. *D. de grad.* Cognatio autem est jus inter cognatos natura, aut legibus constitutum. Nemo autem dixisse putandus est, quod verbo non expresserit. *L.* 3. *supr. eod.* Respondeo: proprie *cognatio* cognatos non significat: sed figurate pro cognatis accipi potest, vel ut sit enallage derivativi pro primitivo, ut cum dicimus *antiquitatem* pro antiquis: vel ut sit methonymia, effectus pro efficiente, cognati enim faciunt, ut exsistat jus illud, quod cognationem appellamus. Ex hac ratione *cognationem* in hoc legato cognatos interpretamur.
2

Non recte, dixerit aliquis, cum † a significatione verbi non aliter recedere oporteat, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem. *L. non aliter, supr. de leg.* 3. Recte, nisi cum manifestum sit testatorem aliud sensisse. At hic aliud sensisse eum, apparet, *cognationis* verbo, quam quod verbum proprie significat. Faciamus enim, cognationem hic intelligi jus inter cognatos constitutum, nullum legatum est, utpote in quo nulla persona legatarii est adscripta. *L. Paulus, supr.* Erit etiam stultissimus testator, qui legaverit non personæ, sed rei, quasi rebus legari possit, aut soleat, ac non personis, quæ legatum possunt capere: atque eo etiam stultior, quod legaverit ei rei, quæ in rerum natura non subsistat, qualis est cognatio. † Non est autem existimandum testatorem nihil agere voluis- 3
4

se, ut dixi *ad L. quoties in actionibus, supr. eod.* multoque minus quemquam tam stulte loqui aut cogitare. Neque vero hoc vitium vitasse, aut quidquam in hoc legato egisse videri potest, nisi legaverit cognatis. Ita fit, ut *cognitionis* verbo de cognatis eum sensisse recte interpretemur.

Ad L. *Cum senatus.* 20.

Paulus *libro* 12. *ad Plautium.*

Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legari, nulla dubitatio est, quin si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur: cui autem non licet, si legetur, non valebit nisi singulis legetur. Hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.

SUMMARIA.

1. *Collegio licito legari potest: illicito collegio non potest: singulis tamen ex hoc collegio potest.*
2. *Singuli ex collegio non sunt collegium.*
3. Collegium *incertos homines significat.*
4. *Quod cum universitate geri non potest, cum singulis potest.*

1 Collegio licito † recte legetur, illicito inu-
tiliter. Sed hoc non facit, quominus singulis,
2 qui sunt ex eo collegio, recte legetur. † Sin-
guli enim, certi sunt homines non collegium,
3 quo nomine † incerti homines significantur,
lex autem collegio dumtaxat vetat legari.
4 Summa hæc est: † quod cum universitate
lex geri vetat, ad singulos, qui ex ea universitate sunt non pertinet, hnc facit. *L. sicut, §. si quid, supr. quod cujus. univer. no.* Quæ sint licita, et illicita collegia, cognosce ex *L.* 1. *et* 3. *infr. de colle. L.* 1. *supr. quod cujusq. uni. no.*

Ad L. *Ubi est.* 21.

Idem *lib.* 14. *ad Plautium.*

Ubi est verborum ambiguitas, valet quod actum est: veluti cum Stichum stipuler, et sint plures Stichi: vel hominem Cartagini, cum sint duæ Carthagines. Semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta: nisi cum aperte contra leges scriptum sit.

SUMMARIA.

1. *Ambiguum quid.*
2. *Si de re promissa constet, ambiguitas vero sit in tempore, loco, vel summa: stipulatio valet.*
3. *Si ambiguitas sit in re; et de alia stipulator, de alia promissor senserit; et promissor hoc probaverit: stipulatio non valet.* et n. seqq.
4. *Stipulatio, nisi ex consensu utriusque, non valet.*
6. *In ambigua stipulatione in primis videndum, quid actum sit,* et n. seqq.
7. *Id actum intelligitur, de quo contrahentes senserint.*
8. *In ambiguo sermone quisque id, quod voluit, dixit se intelligitur.*
9. *Quid actum sit, quomodo probari possit,* et n. 10.
11. *Quid verisimilius sit, inter contrahentes actum esse, quomodo intelligi possit.* et n. seqq.
13. *Id semper in ambiguis agendum, ut res in tuto sit, dum bona fide, nec adversus leges contracta sit.* et n. seqq.
15. *Stipulationem vitiat mala fides.*
16. *Dolus, et metus contraria sunt bonæ fidei.*
17. *Contra leges promissum non valet.*
18. *Ubi res, de qua agitur, in tuto est, sed in ambiguo hæret: mos regionis inspiciendus.* et n. 19.
19. *Contrahentes more in regione usitata loquti existimantur.*
20. *Si intelligi non possit, quid inter contrahentes actum sit; interpretatio fit contra stipulatorem.*

DE stipulatione et conventione ambigua
1 hic agitur. † Ambigua est, in qua aut res promissa, aut summa rei, aut locus, aut dies verbo ambiguo comprehensa sunt stipulatione, ut dubites, quid ex pluribus, quantum, quo loco, aut quo die promissum petere debeas. In re ambiguitas est; ut cum Stichum stipulor, et plures sunt servi ejusdem nominis. In summa; ut si stipuler tot libras argenti, et verbo *libræ*, alia atque alia res significetur: tot frumenti modios, cum diversæ sint mensuræ. In loco, ut si stipuler Carthagini, et duæ sint Carthagines, ut olim fuisse constat, unam in Hispania, alteram in Africa. In die, ut si stipuler dari Calendis, cum plures sint Calendæ. De hoc genere duo quæruntur. Primum, an stipulatio ambigua, quia, qua de re consenserint contrahentes, et an dissenserint, non intelligitur, valeat, necne. Proximum, si valet, quando verba duas sententias exprimunt, utram sequamur.

2 De priore ita statuendum videtur. † Si, cum de re promissa constat, ambiguitas tantum est in verbo temporis, aut loci, aut summæ: nihil proponitur cur stipulatio non valeat, etiam si probetur promissorem aliud sensisse, quam stipulator stipulatus est. Dum enim constet de re promissa, semper verum erit, utrumque in rem aliquam consensisse; ita valebit stipulatio ex consensu. Nam in tempore solvendi in loco, in summa et quantitate stipulationis si quid varium est, tamen nihil continetur, nisi plus, aut minus; plus est in loco remotiore solvere, quam in propinquiore; plus proximis Calendis dare, quam tertiis, aut quartis. §. *plus autem, et seqq. Inst. de act.* Atqui, sive stipulator plus stipulatur, promissor minus respondet; sive ille stipulatur minus, hic plus promittit: semper ambo saltem in minorem summam consentire intelliguntur; in majori enim summa inest minor: proindeque semper hactenus stipulatio contrahitur. *L.* 1. §. *si stipulanti, D. de verb. oblig.*

Quod † si ambiguitas in re sit, ut si 3

stipuler fundum Cornelianum tuum, et duos habeas ejusdem nominis fundos: si stipulatur de uno senserit, quem nunc petat, promissor autem de alio: stipulatio non valebit, quoniam non consenserunt de re
4 inter se, ac ✝ stipulatio nisi ex utriusque consensu non valet. *L. inter*, §. 1. *L. conti-*
5 *nuus*, §. 1. *D. de verb. obl.* Quod ✝ sic interpretandum est, si quidem promissor, qui se de alia re sensisse dicit, id etiam probet; aliter ei fides non habebitur. sic fiet, ut, eo non probante, stipulatio hic quoque valeat, tantumque hoc quæratur, de utra ambo senserint.

Restat, cum stipulatio valebit, ut quærendum sit, utrum ex iis valeat, quæ ambiguus sermo exprimit: quod hoc capite, *et L. cum quæritur, infr.* deciditur. Hic
6 vero ✝ prima cautio est, ut videamus, quid actum sit. De eo si constabit: id valet. idque sequendum est, ut hic, et *L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. jur.* Merito. Nam
7 si ✝ id actum intelligimus. quod a contrahentibus cogitatum est, idest id. de quo contrahentes senserunt: *L. qui eum tutoribus*, §. *ult. D. de trans.* pro eo haberi debet, ac si contrahentes in sermone ambi-
8 guo id dixissent. ✝ Id enim existimatur quisque in sermone ambiguo dixisse, quod voluit. *L.* 3. *supr. eod.* ac vult quisque id de quo senserit. Nemo autem dubitat, id valere in contractu, quod aperte contrahentes dixerint. Sed prius constare debet, hoc actum
9 esse, quod intendimus: quod ✝ evidenter probare potest stipulator hoc modo. si doceat, se ab initio certum fundum Cornelianum demonstrasse, quem sibi dari vellet: de quo cum convenisset. postea stipulationem ita esse interpositam, fundum Cornelianum dari; item hoc modo. si doceat, promissorem de eo fundo non potuisse cogitare, de quo se dicit sensisse, vel quod promissor eum fundum tunc non habuerit, eum promitteret, arg. *L. qui eum tutoribus*. §. *ult. D. de trans.* vel quod non putaverit se habere, propterea quod is fundus illi ex hereditate obtigisset; nesciret autem ipse, eum fundum esse hereditarium. *L. non est ferendus, in fin. D. de trans.* Quibus argumentis et reus pro se uti potest, si eadem contra de se, aut stipulatore doceat.

Quid ergo, si nulla evidens sit hujusmodi probatio? Non hic consistimus! sed
10 ✝ præcipitur, id esse inspiciendum, quod est verisimilius; quod ejusmodi est, id actum esse proinde sequendum. *L. in obscuris, D. de reg. jur.*
11 Quæ vero hic ✝ conjecturæ, et argumenta dantur, quibus verisimile fiat quid actum esse? Duæ omnino hic conjecturæ a veteribus receptæ et constitutæ sunt, quibus utamur. Primum cavetur, ut videamus, utrum ex una sententia, quam verbum ambiguum exprimit, stipulatio valeat, ex altera non valeat. Id cum usu venit, ✝ pro certo haben- 12
dum est, de eo sensisse contrahentes, quod facit, ut stipulatio valeat: neque enim erebile est, eos ludere voluisse, quos apparet dedisse operam, ut aliquid inter se agerent. Hinc regula nata. ✝ In ambiguis id agen- 13
dum, ut res valeat, ut sit res in tuto; quæ hic traditur *in fi. et L. quoties in stipulationibus, D. de verb. obl.* de qua dixi pluribus ad *L. quoties in actionibus, supr. eod.* Sed hoc capite duo adjiciuntur: nempe hæc, ✝ 14
dum res sit bona fide contracta, et nihil aperte contra leges factum sit. Hoc ideo ne forte hoc generaliter dictum, id agendum esse ut res valeat, sic accipiemus, quasi in ambiguis stipulationem sine exceptione tueri oporteat, sive res erit bona fide contracta, sive non erit; et sive quid secundum leges cautum erit, sive contra: sed ut ambiguam stipulationem ita interpretemur valere, ut ipsa, si nullam ambiguitatem contineret, valeret: ne plus tribuamus ambiguæ stipulationi, quam certæ, quod esset absurdum. Certa stipulatio, idest in qua rem certam, et designatam stipulati sumus, ✝ 15
non valet, si mala fide res gesta sit. *L. bonam. C. de obli. et act. L. si quis cum aliter. D. de verb. ob.* Est autem gesta mala fide, quæ dolo aut metu gesta est. Nam ✝ dolus 16
et metus contraria sunt bonæ fidei. *L.* 3. §. *ult. supr. pro soc. L. nihil consensui, D. de reg. jur.* Sed etsi res contracta sit bona fide, ✝ non valet, quod actum est, si quid, 17
quamvis certum, contra legem promissum sit, veluti, si quis pecuniam judici aut adversario promiserit. Nam si pecuniam hoc nomine datam licet repetere: *L.* 1. *D. de calum.* multo magis, hac promissa, reus adversus stipulantem aut ipso jure, aut saltem exceptione tutos erit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Hæc de certa stipulatione si recte dicuntur: absurdum sit putare, stipulationem, in qua eadem intervenerint, eo magis valere. quia in ea ambigue aliqui stipulati simus.

Si ex utraque sententia, quæ ambiguo sermone exprimitur, pariter fit, ut quid debeatur, ut si tot modii, tot libræ argenti sint promissæ, cum et modii sint varii, et libra varie accipiatur: proximum esse præcipitur, ut ✝ videamus. verbum ambiguum 18
quo modo in ea regione, in qua res gesta

19 est, usurpetur. ┼ Verisimile est enim, contrahentes mure in ea regione usitato locutos esse, tanquam illis, ut noto, et communi, ita magis familiari: vel quod ita loquendum sibi putarent, ut ab iis quibuscum in ea ragione contrahunt, et quibus præsentibus res geritur, intelligerentur. Ergo hoc quoque sequendum esse traditur *d. L. semper in stipulationibus, D. de reg. jur.*

Extra hæc nihil occurrit, quo hoc potius, quam illud inter duos actum esse existimetur. Ita hactenus par est utriusque, idest stipulatoris, et promissoris caussa, quorum scilicet uterque affirmat, quid actum esse de ea re, et pro utroque verbum ambiguum facit. Quid igitur hic fiet? Restat, ut sequamur in hac re communem regulam juris,
20 quæ efficit, ┼ in pari caussa potiorem esse caussam ejus, unde petitur: reo potius favendum, quam actori. *L. in pari. L. favorabiliores, D. de reg. jur.* Nempe ergo id fiet, quod in hac specie traditur in *L. cum quæritur*, 26. *infr. et L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus, D. de verb. obl.* cum quæritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitatem contra stipulatorem esse. Quod ita interpretandum est, cum quæritur, quid actum sit; et ita quæritur, ut nullis conjecturis possit constare, quidnam id sit: tum ambiguitas, quæ tum vere relinquitur, contra stipulatorem interpretanda est. Nam, si verisimile sit, hoc potius actum esse, quod stipulatori utile sit: id sequi nos debere jam effectum est. Quid est autem in ambiguo, quod acceptum stipulatori noceat, promissori? Quod est minimum in rebus in temporibus quod est longissimum propter dilationem. Hoc est igitur, quod hæc rursum in obscuris sequenda esse dicimus. *L. semper in obscuris. L. semper in stipulationibus, in fi. D. de reg. jur. L. si ita*, 109. *D. de verb. oblig.*

Ad L. *Cum pubere*. 22.

Jabolenus *libro* 5. *ex Cassio.*

Cum pubere filio mater naufragio periit. Cum explorari non possit uter prior extinctus sit: humanius est credere, filium diutius vixisse.

Ad L. Si *mulier*. 23.

Cajus *lib.* 5. *ad legem Juliam et Pap.*

Si mulier cum filio impubere naufragio periit: priorem filium necatum esse intelligitur.

Dixi ad L. qui duos §. 1. *supra.*

Ad L. *Cum in testamento.* 24.

Marcellus *libro* 18. *Digestorum.*

Cum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est: benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

SUMMARIA.

1. *Cum ambigue, aut perperam in testamento scriptum est, verisimilem testatoris voluntatem sequi debemus.*
2. *Recensetur coniecturæ, quibus deprehendi potest, quid verisimile sit, testatorem sensisse.* et n. seqq.
3. *In re ambigua, si voluntas non appareat, legatario debetur quod minimum est.*

Cum in testamento scriptum est aliquid ambigue (cujus generis exempla proposuimus in *L. ubi, supr. eod.*) aut etiam scriptum est perperam, idest ita, ut aliud exprimat testator verbis, quam sentiat, cujus rei exemplum habes in *L. si is qui ducenta,*
1 *§. ult. supr.* † debemus scriptum benigne interpretari, idest ita, ut legatum valeat, quoad verbis defendi potest: non autem intercidat propter obscuritatem. Hoc enim benignitatis est rem non sinistre interpretari, ut accipias quod noceat, sed ut id potius quod prosit, et quo benigne fiat tum ei, qui dat, ut voluntas ejus rata sit; tum ei, qui accipit, et generaliter debemus scriptum interpretari secundum id, quod credibile est cogitatum.

Id certis conjecturis deprehendi potest, quæ a veteribus in hac re usurpatæ hoc loco, a me, ut licebit, colligentur. Sunt autem hi
2 quasi gradus. † Principio videbimus, utrum res, ona, quæ verbo ambiguo exprimitur, fuerit ignota testatori, necne. Qui rem non novit, aut non novit ejus nomen, non potest videri de ea cogitasse, ita necesse est, eum sensisse de altera, cujus rei exemplum est in *L. penult. hic.*

Si testatori ambæ res notæ sunt, quæ ver-
3 bo ambiguo declarantur: † videndum deinde an utraque sensu sit aliquid in legato: an uno sensu legatum reddatur inutile. Quod in cæteris caussis valere diximus, id multo magis valebit in suprema voluntate, ut sic accipiatur, quo utiliter legetur, non inutiliter. *L. si quando, de leg.* 1. dixi ad *L. quoties in actionibus, supr. eod.*

Si utraque sententia pariter legatum va-
let, † animadverti debebit, num testator 4
duas res sub alternatione legaverit. Nam, cum id fecit, recte interpretabimur, auctore Papiniano, eum verbo ambiguo de ea re sensisse, quæ a pretio alterius rei minus recedit. *L. 1. supr. eod.*

Si nihil hujusmodi est: † exquirenda erit 5
primum consuetudo testatoris in usu ejus verbi: qui si nullus erit privatim, tum deinde exquiretur mos regionis. *L. si servus plurium.* 50. *§. ult. D. de leg.* 1. *L. nummis.* 75. *D. de leg.* 3. Nam quo modo loqui ante solitus fuit testator, et verbum usurpare, aut quo modo ejus regionis homines loquuntur, ita locutus videtur in testamento. Hic usus si ne in more quidem regionis ullus proprius
fuit: † consuletur contextus testamenti, idest, 6
quæ præcedunt verba, et quæ sequuntur. *d. L. nummis, de leg.* 3. *d. L. si servus, §. ul. de leg.* 1. Nam si testator aliqua parte testamenti demonstravit certum Titium, aut declaravit, quo modo libram, intelligeret: si postea indefinite leget *Titio*, aut indefinite leget *libram*: de eodem illo Titio, deque eo genere libræ sensisse intelligitur, quod prius demonstravit. Si enim de alia re sentiret: exprimeret, ne quid ambigui in ipsius voluntate relinqueretur, quod homines a suis judiciis supremis abesse volunt, quo magis enim cupiunt voluntatem suam exitum habere: eo magis laborant, ut intelligantur, adde, quod tandiu quemque in eadem re, eademque appellatione similem sui existimare debemus, quandiu nihil appareat, eum ab eo, quod prius sentiebat, et cogitabat, recessisse.

Si ne hic quidem quidquam datur ad
7 conjecturam, † ad extremum persona legatarii erit spectanda. In eo videndum erit, quæ sit ejus dignitas, quæ testatoris erga eum benevolentia, et caritas, quæ cum eo necessitudo. *d. L. si servus plurium*, §. *ult. de leg.* 1. Majorem enim honorem habitum esse voluit testator magistratui, quam privato; amico et conjuncto, quam extraneo, ut dicendum sit, si verbo *nummorum* diversi nummi significentur; aut quæratur, ubi legatum sit præstandum, quod majus est, et legatario commodius, de eo testatorem sensisse videri. Arg. *L. sed etsi suscepit.* §. *sed etsi proponas, D. de jud.* Hæc sunt, quæ quidem nunc occurrant, quibus credibile fiat, hoc aut illud cogitatum, quod sequendum esse hic dicimus.

Quid ergo, si nihil eorum, quæ supra scripta sunt, aut similium rerum occurrit, unde possit intelligi, quid testator senserit? Non
8 ideo legatum non valebit: sed, † quod supra dictum est in contractibus, valet hic quoque in testamentis, nempe ut, quod salvo legato fiat, id debeatur, quod est minimum. *d. L. nummis. de leg.* 3. *L. cum servus*, 39. §. *scio L. legato*, 37. §. *ult. supr. de leg.* 1. Sed in hac re omnium appositissimum exemplum habemus in *L. Titia*, §. *ult. supr. de aur. et argen. le.* Proponitur testator jussisse poni statuam certam in illa æde sacra ex libris centum, nec addit auream, argenteam, aut æream. Scævola respondit, cum in eo templo non nisi aut aurea (sic enim legendum esse mox ostendam) aut argentea, tantum essent dona, argenteam statuam poni debere. Cur non dixit æream potius, cum ex supra scriptis constat, in re obscura quod minimum est, deberi? Quia, si dixerimus, æream designatam, nihil debebitur. Nam in templo æreæ poni solebant. Rursum cur non dixit deberi auream? Ut intelligeretur, quod supra definivi quod salvo legato fiat, minimum deberi. Salvum legatum est, si aliqua statua posita, aut argentea, aut argentea, aut aurea ex his igitur debebitur, quod est minimum. Quod cum ita sit, ut idem in testamentis hic placere animadvertemus, quod supra in contractibus dictum est; bene generaliter ita comprehensum est regula juris, *L. Semper in obscuris quod minimum est, sequimur. L. semper in obscuris, D. de reg. jur.*

Ad L. *Quem heredi.* 25.

Celsus *libro* 22. *Digestorum.*

Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto: cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas esto. Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est.

SUMMARIA.

1. *Inutilis est institutio, et legatum persona heredis, vel legatarii non adscripta,* et n. 2.
3. *An valeat hoc modo legatum:* Cui ut det heres meus dixero, ei heres meus X. dato, *si appareat, de quo cogitaverit,* et n. seqq.
5. *Dicit et qui verbis, et qui nutu declarat.*

1 Scire oportet, † inutilem esse institutionem ubi heres certus non demonstratur testamento, *L. quoties*, §. *si quis nomen, supr.*
2 *de her. inst.* similiter † inutile esse legatum, persona legatarii non adscripta. *L. Paulus, supr. eod.* Hinc dubitatio de hoc genere le-
3 gati, quod hic proponitur, an valeat: † *cui ut det heres meus, dixero, ei heres meus decem dato.* Hic enim verbis testamenti neque nominatus est legatarius, neque ita demonstratus, ut intelligatur, quis sit. Celsus statuit, dummodo testator postea dicat, aut etiam demonstret, quem velit, quibuscunque argumentis id probari possit, legatum valere.

Potest et in hac specie hoc dubitari,
† an satis sit intelligi, de quo testator sen- 4
serit, tametsi eum non dixisset verbis; cum nominatim ei legaverit, cui se dari velle dixisset: Et Celsus ait hoc satis esse. Recte utrumque. Nam si demonstratio quæritur in hoc legato: is satis demonstratur, quia ita designatus est, ut, aliqua re postea secuta,

intelligi possit, hanc ipsum esse, quem testator indicaret. Si dicentem quærimur: dicit, quisquis aliqua nota, et significatione voluntatem suam exprimit. † Dicit igitur, et qui verbis, et qui scripto, et qui nuto declarat, quid velit: certe quidquid ejusmodi est, pro dicto habendum est. Verba enim sunt rerum notæ, quæ utrum hoc an illo modo notentur, nihil refert. §. *si quis in nomine*, *Inst. de legat.*

Ad L. *Cum quæritur*. 26.

Idem *libro* 26. *Digestorum*.

Cum quæritur, in stipulatione quod actum sit: ambiguitas contra stipulatorem est.

Vide ad L. Ubi, supr.

Ad L. *Si quis*. 27.

Modestinus *libro* 1. *Regularum*.

Si quis de pluribus unum manumitti voluerit, nec appareat de quo manumittendo testator senserit: nulli eorum fideicommissaria competit libertas.

Dixi ad L. si quis fuerit, supr.

Ad L. Qui habebat. 28.

Jabolenus *lib. 3. ex posteriorib. Labeonis.*

Qui habebat Flaccum fullonem, et Philonicum pistorem, uxori Flaccum pistorem legaverat. Quis eorum, et num uterque debetur? Placuit, primo eum legatum esse, quem testator legare sensisset. Quod si non apparet: primum inspiciendum esse, an nomina servorum dominus nota habuisset. Quod si habuisset: eum deberi, qui nominatus esset, tametsi in artificio erratum esset. Sin autem ignorata nomina servorum essent; pistorem legatum videri, perinde ac si nomen ei adjectum non esset.

SUMMARIA.

1. *Nec error nominis, neque falsa demonstratio nocet legato.* et n. 3.

2. *Si is, qui habebat Flaccum fullonem, et Philonicum pistorem, legaverit Flaccum Pistorem, uter debeatur.* et n. 3.

Qui habebat Flaccum, qui erat fullo, et Philonicum, qui erat pistor, uxori Flaccum pistorem legavit. Quærit Jabolenus, *Qui eorum, et num uterque debebitur?* significans aut utrumque, aut alterum saltem deberi. Sed cur non quærit, an neuter potius debeatur? dici enim potest, neutrum deberi, quippe Flaccus pistor legatus est: nullus est autem Flaccus pistor. Hoc ideo ab illo quæsitum non est, quia, si uterque non debetur: tamen constat aut Flaccum legagatum esse, quam falsa demonstratione pistorem nominavit: aut certe legatum esse pistorem, quem falso nomine appellavit, Flaccum. Sive Flaccus legatus est: is debebitur, quamvis Flaccus pistor non sit. Sive legatus est pistor; is quoque debebitur, quamvis Flaccus non vocetur. Illic falsa demonstratio est: hic error in nomine, quo-
1 rum † utrumque legato non nocet. §. *si quis in nomine, et seq. Inst. de leg.* Bene igitur hoc pro confesso sumpsit Jabolenus ex jure, aut utrumque, aut alterum saltem
2 deberi. Respondet ipse, † alterum deberi non utrumque, et simul uter videatur, legatus, explicat.

Sed cur non prius docet utrumque non deberi, cum dici possit, utrumque legatum esse, cum utrumque testator nominarit; et si de interpretatione voluntatis quærendum, est, id sumi oportere dicatur, quod est plenius? *L. in testamentis, D. de reg. jur.* Bene hoc quoque pro certo sumpsit, utrumque non esse legatum. Apparet enim, testatorem non sic Flaccum pistorem nominasse, quasi duos vellet legare, Flaccum videlicet, et eum, qui est pistor: alioqui ita conjunctim dixisset, *Flaccum et Pistorem, do lego:* sed aut unum legasse Flaccum, quem falso ex artificio pistorem nominaverit: aut legasse pistorem quem falso nomine Flaccum appellarit.

Quod cum ita sit: solum in hac specie quærendum fuit, uter potius legatus videatur, Flaccus, an pistor, cui nomen est Philonico. De quo respondet Jabolenus, atqui ita statuit ut si testator nomina servorum nota habuerit, Flaccus debeatur, qui nominatus est: quippe testator sciens hunc legavit. Non debebitur pistor, quia utrumque non deberi effectum est; nec nocebit falsa demonstratio, qua etiam nominavit pistorem, qui non erat
pistor; jam enim dixi † falsam demonstra- 3
tionem non obesse. *L. falsa, infr. de cond. et demon.* Quod si ignota testatori nomina servorum essent: ait pistorem legatum videri. Recte, non enim potest videri testator de eo sensisse, cujus nomen ignoravit. Nec vero error in nomine nocebit, ut supra dixi. Ita fiet, ut periode sit legatus pistor, ac si nomen ei adjectum non esset.

Ad L. *Plures.* ult.

Scævola *lib. XVIII. Digestorum.*

Plures testamento manumiserat in quibus Sabinum, et Cyprogeniam, cum quisque eorum ad tricesimum annum ætatis pervenisset: et cum liber quisque eorum esset, certam summam dari voluit: et conjuncta scriptura ita caverat: *Sabinæ et Cyprogeniæ dari volo cum ad statutam ætatem pervenerint singulis decem. Et hoc amplius alimentorum nomine in annos singulos quoad vivent, singulis decem.* Quæsitum est, utrum omnibus manumissis alimenta debeantur, an vero Sabinæ, et Cyprogeniæ solis? Respondi secundum ea quæ proponerentur, videri omnibus alimenta legata.

SUMMARIA.

1. *Si is, qui pluribus legaverat, adiiciat,* et hoc amplius singulis X. dari volo: *quibus dare voluisse credendum sit.* et n. seqq.

Exprimit Scævola in proposito exemplo
1 hanc sententiam: † cum testator eadem
parte testamenti pluribus aliquid legat, aut
relinquit (ut hic pluribus servis libertatem),
si coniuncta scriptura quibusdam ex his
nominatim aliquid leget, et eodem contextu
adiiciat, *et hoc amplius singulis decem dari
volo:* hoc verbo, *singulis*, indefinite scripto
non tantum proximis istis legasse videtur,
sed omnibus, de quibus coniuncta scriptura
supra mentionem habuerit: ut quod infra
datur indefinite, non ad proximos tantum
pertineat, sed ad omnes, de quibus eadem
parte testamenti testator scripserit.

Sed unde hoc sumit Scævola, cum rem
referri ad proximos intersit heredis, ut minus
præstet; in re autem ambigua dixerimus,
quod minimum est, deberi? *L. cum in
2 testamento, supr. eod.* † Intelligitur hoc ex
honore, quo testator communiter omnes
initio est complexus. Quem enim animum
erga aliquos se gerere testator ostendit, non
prius verisimile erit, illum quidquam de
eo remisisse, quam se plus uni, quam alii
tributum velle demonstrarit. Quapropter,
si quid est, quod verbis indefinitis pariter
ad omnes possit referri, ad omnes possit referri,
ad omnes pertinebit. Confirmatur hæc
conjectura voluntatis multis argumentis juris
civilis, ut *L. quoties, infr. ad Treb. L. si plures,
supr. de vulg.*

Sed cur adjecit Scævola legavisse testatorem
quibusdam ex iis servis, quibus libertatem
dederat, et scripsisse, quæ sequebatur,
conjuncta scrictura? † Quia, si te- 3
stator primo complures servos liberos esse
jussisset, deinde transiisset ad alia legata,
aut alias res, et post alia multa ita legasset,
*Sabinæ et Cyprogeniæ illud dari volo; hoc
amplius singulis dari volo decem:* hæc oratio,
hoc amplius, perspicue ad Sabinam et
Cyprogeniam referretur. Non enim ea referri
potest ad alios, quam de quibus loquitur
autem eo loco de Sabina et Cyprogenia i
de cæteris servis non loquitur; quod ex eo
apparet, quod sermonem de his institutum
omiserat.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM D. DE RE JUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM, ET INTERLOCUTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Rebus judicatis stari oportere, sive judex æquum pronuntiaverit, sive iniquum.*
2. *Quam jure fuerit hoc, et quanto reip. commodo constitutum.*
3. *Rerum partitio atque ordo.*
4. *Prætoris Edictum ex diversis hujus tituli locis collectum, atque hic una et continuata rerum series dispositum.*

NIHIL agit sententia judicis ad jus nostrum consequendum, nisi sententiæ pareatur. Et nimirum hoc restabat in persecutione juris nostri, ut eum secundum nos judicatum esset, rei judicatæ auctoritas statueretur,
1 quod et factum est. In quo ita jus † constitutum habemus, ut rebus judicatis stari oporteat, sive judex æquum dixerit, sive iniquum, dummodo provocatum non sit. Ex quo illa sunt: Rebus judicatis, a quibus provocatum non est, standum esse *L.* 1. *C. de reb. jud. L. eum prolatis, D. eod.* Item res judicatas, sive sententias rescindi non posse. *L.* 2. *C. sent. resc. non posse.* Item post rem judicatam nihil amplius quæri. *L. post rem,*
2 *D. de re jud.* Quod † ita statui in primis conveniebat. Nam nisi hoc fit, duo magna incommoda consequentur in Rempub. Unum, quod nemo unquam ad jus suum pervenire poterit: quam unam tamen ob caussam judicia quæsita sunt. Quid enim sperandum est ei, qui aget, ubi is, cum quo agetur semper hoc caussabitur se non debuisse, eoque se immerito condemnatum? Alterum, quod isto modo nullus erit litium finis: quo malo nihil est paci, et concordiæ civium quibus rebus maxime stant Respublicæ, magis contrarium. Ut si aliis in rebus omnibus propter utilitatem publicam finiendis litibus maxime studuerunt legislatores: hic præcipue, idest, in judiciis, quæ dirimendarum litium caussa constituta sunt, ei rei fuerit consulendum. Quantopere autem id caverint juris auctores, ut aliquis finis litium esset, ibi loci declarabunt. *L. ult. D. pro suo, L. fratris, C. de trans. L. quidam, D. si cert. pet.* Hic vero sita vis est et affectus, et illa, quæ nominatur tot locis, auctoritas rerum judicatarum Sic enim appelletur in *L. non minorem, C. de trans. L. pen. C. de re jud. in L. servo* 65. §. *cum præt. D. ad Treb.* Quo loco hoc scriptum est publice interesse hinc integra conservari. Quo constituto computrunt † hæc quæri de rebus judicatis: quæ 3
sit res judicata: an omni sententiæ sine exceptione parendum, quando mul'a incidunt, ut ei sta'e iniquum videatur: si parendum est, et adversarius recuset, quæ sit ratio, qua sententia mandetur executioni. Hæc executio an pariter adversus omnes, an in omnibus caussis, in summa quando usurpetur. Quibus in rebus consumitur is titulus, qui legitur in Pandectis hac *inscriptione. De re judicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus.* Et quoniam de bis rebus edictum prætoris fuisse constat, quod Jurisconsulti sub hoc titulo sint interpretati, ut apparet ex *L.* 4. §. *ait prætor, et L.* 5. *infr. eod.* ne quid hic quoque ad interpretationem tituli, et juris veteris, quod de hoc genere fuit; deesset; id edictum quam proxime consequi potuimus, ad veterem imitationem informare conati sumus. Id † nunc 4
subiiciam.

EDICTUM,

SEU

SUMMA DE VI ET EFFECTU

ATQUE

AUCTORITATE RERUM JUDICATARUM,

Sententiam totius Tituli, de re judicata, *breviter continens:*

Si res, qua de agitur ab eo, cujus de ea re Jurisdictio est a, *judicata* b *esse dicetur, si non et a sententia provocatum erit,* c, *condemnatus ut pecuniam solvat* d.

a Vide *L. ait prætor.* 5. *inf. eod.* *b.* Hinc quæsitum, quid sit res judicata, quod definitum est in *L.* 1. *inf.* *c* ex *L. præses,* 27. et *L. cum prolatis,* 32. *eod.* *d* Sic leguntur hæc verba in *L.* 4. §. *ait, inf.*

Si non solvat e *in ipsum* f, *et cujus ea res erit* g, *post statutum judicatis ad solvendum tempus* h *actionem dabo,* i; *ut res ejus, prout quæque facillime emptorem inventura videbitur, pignori capiantur et distrahantur* l, *unde judicatis satisfiat* m.

e Hic locus est, in quo Labeo adiici debuisse dicebat illa verba, neque eo nomine satisfaciat. *L.* 4. §. 1. *inf. eod.* *f* ex L. miles §. *ult.* *h* ex *L.* 2. *et L. debitoribus,* 31. *infr. eod.* *i* ex *d. L miles* §. 1. *et* §. *ult.* *l* Hic ordo exsecutionis judicati, cujus mentio est in *L.* 4. §. *si ex conventione. inf.* qui exponitur pluribus ex professo in *L. a Divo Pio.* §. *In venditione* et deinceps, *m* ex *d. L. debitoribus,* 31.

Menses quatuor condemnato ad solvendum justi erunt. Si minorem, amplioremve diem a me litigatores petent, uti res erit, aut minuam, aut prorogabo. a

a Vide, quæ scripsi ad *L.* 2. *inf.*

Si reus absolutus erit, ejus rei, de qua actum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo b.

b Hinc exceptio rei judicatæ, de qua in §. *Item si in judicio, Instit. de exception.* et tot. Tit. *De except. rei jud.* Clausula a me iisdem verbis concepta, quibus illa, qua exceptio ex jurejurando proposita est in *L. ait prætor.* 7. *D. de jurejurando.*

Sed neque ea sententia, quæ contra leges, constitutionesve Principum, aut bonos mores erit: nec quæ manifestum errorem calculi continebit: nec ea, quæ caussa non cognita, aut non publice et palam, ac more majorum: aut non præsentibus iis, inter quos res agetur, dicta fuerit: extra quam si uno absente, verum edictis legitime evocato, lata erit: nec quæ ex scripto recitata non erit, judicati apud me vim habebit. c.

c Vide in hanc clausulam, quæ scripsi ad *L.* 4. §. *Condemnatum, infr. eod.*

Si quid a victore dolo malo factum esse dicetur, quo adversarius judicio opprimeretur, in eum judicati actionem non dabo d

d Vide quæ dixi ad *L. Divus,* 33. *inf. eod.*

Si plures ejusdem rei judices dati fuerint, quod eorum major pars cæteris præsentibus statuerit, pro judicato apud me valebit: Inter pares numero judices si diversæ sententiæ erunt, ea apud me obtinebit, quæ humanior esse videbitur e.

e Ex L. Pomponius 36. et tribus. *LL. seqq. inf. eod.*

In parentem, liberos, fratrem, sororemve: item in patronum, liberos, parentesve, patroni, patronæque: item in militem, qui sub armata militia stipendia fecerit: item in maritum, uxorem, sororem: item in eum, qui bonis cessit: item in emancipatum, exheredatumve, qui de eo convenietur, quod cum ipso, cum in aliena potestate esset, contractum erit: si eandem noti erunt, in id dumtaxat, quod facere non deducto ære alieno poterunt, actio erit. In eum, cum quo ex donationis caussa agetur, non nisi in id, quod deducto ære alieno facere poterit, actionem dabo f.

f Locum hunc totum de his, qui in id, quod facere possunt, conveniuntur diligenter executus sum ad *L. sunt qui,* 16. *et L. inter,* 19. et aliquot capita sequentia, *infr. eod.* sed jam ad interpretationem tituli accedimus.

AD INSCRIPTIONIS VERBA

DE RE JUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM ET DE INTERLOCUTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Interlocutio quid sit.*
2. *Interlocutionis exempla ; et quibus in judicii partibus interlocutio adhibeatur.*

Res judicata quid sit, quid item sententia? tum quid alterum distet ab altero, opportune diximus ad *L. 1. inf.* Sententiarum effectus is, quem supra indicavi. Additum est de interlocutionibus, ut ex differentibus intelligeretur magis, quid sententia, cui standum esse dicimus.
1 dum esse dicimus. Vox est autem † interlocutio juris auctoribus usitata, quæ et hic occurrit, et in *L. a Divo 15. in venditione, inf. eod. et in C. Tit. de sen. et interlocut. L. 4. C. comminat. vel epist. L. 9. §. sed quod prætor, D. quod met. causs.* Est autem (1) interloqui interim, dum de re principaliter agitur, loqui et (2) dicere, quæ ad caussam promovendam pertinent, quo judicium ad
2 finem propositum producatur. Utputa in † executione, de qua tractatur in *d. §. in venditione*, agitur principaliter, ut distrahantur res captæ, atque inde pecunia conficiatur. Ad hoc perveniri non potest, nisi capiantur pignora jussu judicis, et simul capta veneant. Hæc fieri si jubet magistratus, quia interim loquitur, quæ ad rem exequendam pertinent, ideo dicitur interloqui, ut fiant. Cujusmodi est etiam, cum jubet, ut litigatores ad int. producantur testes, instrumenta proferantur, et si qua sunt similia, quæ spectant ad rem cognoscendam, ut re cognita postea statuatur. Ex quo sciri potest, an interlocutio sit in sententia judicis de re controversa. Et sane pronunciatio est judicis, ac proinde sententia circa eam partem, de qua statuit. Sed non (3)

(1) Bover. *Sing.* 63. *n.* 9. dici sic, quod judex tanquam inter partes loquendo sine solemnitate scripturæ pronunciet. Duar. *ad L. 1. hoc tit.* interim loqui, dum fuerit sententia dicta vel executio facta, sicuti interdictum inde dicitur. Nam ceu hoc non præjudicat proprietati, ita nec interlocutio caussam perimit *L. post. sent. 9. C. de sent. et interl. Græc.* διαλαλία *Nov.* 112.

(2) Cum quid ad præparationem magis caussæ quam ad decisionem pertinens pronuncial *L. 19. §. dicere 1. de rec. arb.* Vulgo definitur: Omnis vox judicis ad caussam faciens et principale negocium non determinans. Quam definitionem refellit Alb. Gentil. 3. *Lect.* 12. quod interrogationi judicis competat. Ibidemque reprobat definitionem Cujacii. Ipse sic, Emergentis vel incidentis facti jussus vel notatio vel probibitio vel assertio judicis. Germanicæ *Beyurtheil*, sicuti definitiva *Endurtheil.* Sneidv, in §. *curare* 32. *I de act. n.* 5.

(3) Nec itaque ex interlocutione judicati actio nascitur (ut male Vaud. 1. *Q.* 23. *n.* 12.) Marant. *h. tit. de sent. n.* 22. Etsi statuto disponente de sententia absolute, hanc quoque contineri contendit Muscor. *de Jurisd. n.* 30. contra DD. vulgo et Marant. *dict.* 1. *Sent. n.* 52. sententiam semiplenam vocat Dumh. *Pram. civ. C.* 144. *n.* 1. Incommode. Nam Augustinus ite nuncupat quæ non totam caussam dirimit, dum ait: Legibus judex prohibetur semiplenam proferre sententiam citante, Cujac, 23. *Obs.* 1. De interlocutoriis vid. A. Gent. 3. *Lect. et Epist.* 12. *et* 4. seqq. Menoch. *adip. poss. Remed.* 4. *n.* 802. et seqq. *et retin. poss. Remed.* 3. *n.* 839. *et seqq.* Sig. Scaccia 1. *de Jud.* 102. Lanc. Cont. *de Off. præt. in causs. civil. verbo: sentent.* Marant. *P.* 6. *tit. de sent. n.* 2. *usque ad n.* 47. Rolant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 5. *Cap.* 12. Myns. 5. *Obs.* 88. Guid. Pap. *Quæst.* 10. *n.* 12 Petr. Matth. *in not. ad d. Q.* 12. Absolutio ab instantia definitiva sit, an interlocutoria, M. Ant. *de Amatis Decis.* 66. *Gail.* 1. *Obs.* 132. *n.* 5. *et* Scaccia 1. *de Judic.* 93. *n.* 4. distinguunt, ut si finem caussæ imponit, veluti quia pendente judicio solutum est, definitiva sit, ejusve vim habeat; alias interlocutoria. Sententia in *L. diffamari* definitiva an interlocutoria? Blarer in *L. diffamari Cap.* 9. *n.* 6. Contrad. *ibid. C.* 5. *n.* 139. *et seqq.* et an quæ in caussis summaris lata, Vasq. 2. *Contr. usufreq.* 35. *n.* 1. et an quæ super possessorio. Vid. Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 54. quæ in restitutione in integrum Odd. *rest. in integr. P.* 1. *Q.* 40. *Artic.* 1. De aliis sententiis in quibus eadem dubitatio, vid. Marant. *d. tit. de sentent. n.* 24. et seqq.

est sententia, quæ per excellentiam nominis ita dicitur, cum intelligere volumus sententiam de re principali: quo fere sensu hoc verbum usurpatur: ut in hac inscriptione, et in *d. L. a Divo §. in venditione L. quod jussit, infr. eod.* Tit. *C. de sent. et interlocut. L. 4. C. comminat. vel epist. L. penult. C. quor. app. non rec.*

Ad L. *Res judicata.* 1.

Modestinus *lib. 7. Pandectarum.*

Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit: quod vel condemnatione, vel absolutione contingit.

SUMMARIA.

1. *Quid si res judicata, definitionis singulæ partes exponuntur.*
2. *Damnare unde dictum. quid sit; nihil interesse quibus verbis exprimat judex condemnationem.*
3. *Absolvere quid sit. et quibus judex id verbis exprimat.*
4. *Finem imponit controversiæ absolutio aut condemnatio certa dumtaxat.*
5. *Quæ in superiore rei judicatæ definitione reprehendantur: et quomodo iis occurratur* et n. 6.

Res judicata in lege duodecim tabularum appellatur, ut indicavimus ad *L.* 2. appellatur, et in edicto. Ideo quid sit, definitione explicatur. Hanc esse definit Modestinus in qua hæc sunt: quæ *finem accepit:* quæ accepit *controversiarum:* et accepit *pronunciatione judicis.* Tum quomodo accipiat, docet: *quod* inquit, *condemnatione vel absolutione contingit.* Res hoc loco, *res* seu lis, de qua agitur, intelligenda est. Res finem accepit controversiarum, in qua lites et controversia quæ inerant, diremptæ et finitæ sunt. *Controversiarum* dixit, non controversiæ: quia si in re, de qua judicio agitur, seu in lite plures erunt controversiæ, idest, si de pluribus rebus quæretur, nisi judex (1) pronunciaverit de omnibus, nihil egit, ne in iis quidem, de quibus pronunciaverit. In eoque hæc regula tenenda est, in uno eodemque judicio non posse rem judicatam in partem valere, in partem non valere. *L. in hoc judicio, D. fa. ercisc.* Huc facit *L. qualem §. 1. D de recept.* Quippe ad judicem ita ventum est, ut litem dirimeret, itaque si secus fecit, judicis officio functus non est idest, non judicavit. Evenit autem hoc in universalibus et generalibus judiciis, ut uno in judicio, unaquaque lite de pluribus rebus quæratur, seu plures sint controversiæ. Ut in petitione hereditatis, quod est judicium de universitate, nempe hereditate, ut indicat *L. 1. D. de rei vind.* eum res omnes hereditariæ, itemque actiones, item pretia rerum hereditariarum veniant: sæpe evenit, ut de singulis, aut multis quæratur, cum dicitur aut has non esse hereditarias, aut istas, aut illas. Sic in actione pro socio, tutelæ, negociorum gestorum: quæ judicata sunt generalia (sic enim

(1) Et plena esse debet sententia, vid. *tit. inscription. N.* 3. Petitis itaque 100. et probatis 50. ad 50. condemnatio fieri, et in aliis absolvi debet reus, alias non valebit sententia. Bover. *Sing.* 63. *n.* 6. Nec judicium scindi potest ut de re judicio deducta partim judicetur, partim non; sed totam caussam sententia dirimi oportet. *L.* 2. *et* 3. *C. Th. de sent. experic.* Et ob partem eam quæ omissa est, pars quoque ea de qua judicatum est, pro non judicata habetur, ita Cujac. 23. *Obs.* 1. Qui tamen *ibid. et* 12. *Obs.* 2. sententiam valere, etsi non de omnibus præstationibus, quæ in judicatum venerunt, quasque ex. gr. a se invicem coheredes in Famil. ercisc. judicio petierunt, judicatum sit, cum de uno capite litis ferri possit sententia, ac tot sententiæ, quot litis capita per *L. pen.* (quam Cujac. restituit *d. C.* 2.) *C. de sent. et interl. L.* 20. §. 4. *Fam. ercisc.* Quod et *DD. vulgo* probari. Vid. Vant. *de nullit. sentent. ex defect. process. n.* 100. ast Donello hic improbari videtur: In appellationis autem judicio sententia prior partim confirmari partim infirmari potest *L.* 47. *Fam. erc.* Cujac. *d. loc.*

nominatur in *L. pro socio.* 38. *D. pro. soc.*) de his omnibus quæri potest. quid gesserit, is. eum quo agitur, aut non gesserit, quæque res ex administratione ad eum pervenerint, aut non pervenerint. Nam hæc omnia in hæc judicia veniunt. Dixi in uno judicio unaque lite judicem de omnibus controversiis pronunciare debere. Nam si plura erunt judicia, pluresque lites, seu actiones inter eosdem constitutæ, quamvis apud eundem judicem. ut si petam a te aliquid ex testamento, aliud ex empto, aliud ex mutui caussa, item aliud tutelæ nomine, idque eodem tempore: nihil vetat judicem de una lite pronunciare separatim: et quod dixerit valebit. *L. quid tamen in pr. D. de recept.* Additum est, (2) *pronunciatione judicis.* Pronunciatio ipsa sententia est *L. cum prolatis* 32. *infr. eod L.* 1. §. *ult. D. ad Turpil.* Res controversa multis modis finiri potest, ut transactione *L. non minorem. C. de transact.* jurejurando. *L.* 1 *et* 2. *D. de jurejur.* litis renunciatione. *L. postquam. C. de pact.* Sed non est res judicata, idest judicio finita, nisi quando finita est judicis pronunciatione Eum. qui sententiam dicit, judicem esse oportet, idest eum, quod edicto expressum est, *cujus de ea re est jurisdictio.* de quo dicetur ad *L. ait, infr.* 10. et satis jam dictum est supra, cum de jurisdictione et potestate cujusque judicis in cognoscendo dissereremus. Ut res finem accipiat controversiarum judicis pronunciatione, condemnatione, vel absolutione efficitur, inquit Modestinus neque aliter, quam puto, sic recte intelligitur. In omni lite, omnique accusatione, in omni judicio denique est aliquid, quod actor intendat, et præstari a reo velit: reus neget se id subire, aut præstare oportere. Natura non potest dirimi hæc controversia, nisi judex alterutrum pronuntiet, aut reum præstare debere, aut non debere. Porro qui pronunciat eum debere, ut fit in judiciis privatis et pecuniariis, condemnat: qui pronunciat non debere, absolvit. Sic fit ut rem finire non possit judex, nisi condemnet reum, aut absolvat. Unde intelligimus rem judicatam non esse, ubi (3) judicis sententia horum alterutrum non continet. Hinc illud Alexandri in l. 3. Cod. h. tit. *Præses provinciæ non ignorat definitivam sententiam: quæ condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi.* Dubitabitur fortassis, quid sit condemnare, aut absolvere, et quibus verbis horum alterutrum exponatur. De quibus
ita habendum est: Damnare, † et quod com- 2
positum pro simplici usurpatur condemnare, (ut remittere nuncium dicemus, pro mittere et alia sententia similia) a damno dictum est, quod verbum deminutionem significat, auctore Paulo in *L.* 3. *D. de damn. inf.* Itaque damnare est, imperare hanc ipsam, patrimonii deminutionem, idest, iniungere alicui, ut in eo. quod ab eo petitur, aliquid dependat, præstetve de suo. Id quibuscunque (4) verbis exprimat judex, condemnavit; *L. in*

† pro.

(2) *L. pronunciatum* 46. *de V. S.* ubi vid. Gœd. an et quæ differentia sit inter pronunciare et statuere.

(3) Vide Mathesilan. *ad d. L.* 3. *et ad L.* 11. *eod.* Error enim est Ant. Fabri tertium genus sententiæ comminiscentis. vid. *not. supr. Lib.* 18. *C.* 8. *N.* 21. Nec ferenda est ejusdem argutia 15. *Conject.* 1. quod ex actionibus in personam solum sit condemnatio, ex realibus nulla. Quod vel ex hac judicati definitione refellitur satis. Neque enim negari potest judicatum etiam dici in actionem in rem. Cum et in *tit. de exc. rei judicat.* passim de actione in rem agatur. Nec alicujus ponderis sunt objecta Fabri. quæ alio tempore diluemus. Quæ autem alia continere debeat sententia, nempe nomina judicis, litigantium, etc. vid. Maranta *tit. de sentent. n.* 47. et seq.

(4) *L.* 21. § 1 *de rec. arb.* Sarm. 1. *Select. interpret.* 13. *n.* 3. quia facti quæstione dirempta legis auctoritas succedit, et juris effectus statim sequitur, ac ne quidem impediri a judice potest *L. non poterit* 63. *de furt.* Vid. Vant. *de nullit. sent. ex defect. process. n* 93. *et seq.* Confer. Gail. 1. *Obs.* 2. *n.* 6. Quid si judex non dicat se condemnare, sed pronunciet condemnandum vel absolvendum esse? Sarmient. 1. *select. interp.* 14. *n.* 2. et si crebrius probatum dicat, sententiam non valere (Maranta *tit. de sentent. n.* 15. *et n.* 125. Vant. *de nullit. ex defect. process. n.* 91.) contra tamen ipse sentit 1.° *per L.* 38. *de minor.* ibi: *pronunciavit restituendum.* Nam etsi illic Principis sententiam referri respondeant, significatio tamen verborum non alia, sive a Principe sive ab alio referatur. At etsi quoad potestatem judicandi sententia Principis sibi plus vindicet, verborum tamen interpretatio omnibus eadem. 2.° *per L. post legatum.* 5. §. 15. *de his quæ ut indig. L.* 4. *Cod. de accusat.* 3.° Verba satis apta sunt ad litem dirimendam. Recte opinor. Non enim hanc vim habent quod condemnatio sequi debeat, sed quod condemnandus sit, idest, ex actis judicii ac fide probatorum constet eum succumbere debere. Quid quod ex veteri more pronunciabatur ita *videri*, de quo notavi *supr. Lib.* 26. *Civil. Commentar. C.* 2. *N.* 3. Obi. *L.* 7. §. 1. *de interd. et Releg.* Respond. Sarmient. *d. loc.* et ibi vera sententia est præsidis in relegationem condemnantis, licet ipse qui pronunciaverit non exsequatur, quod et

sententiis 59. *infr. eod.* Nam neque in hac re, neque in cæteris omnibus, quibus verbis quis utatur ad rem exprimendam, quidquam interest. Itaque hæc verba in hac re usitata esse legimus, Lucium Titium in centum aureos condemno: *in princ. tit. de offic. jud.* Item. centum, quæ ab illo habes, solve, *d. L. in sententias, infr. L. pen. et ult. C. de sent. quæ sine cer. quan. pro.* Sed quamvis judex nihil aperte tale jubeat, sed nec damnandi verbo utatur: existimandum est tamen eum condemnare et tunc, cum simpliciter pronunciat reum centum debere, tametsi nihil amplius adiiciat, *L. si prætor*, 75. *in pr. D. de jud.* Quippe hoc certo et explorato jure consequens est, si debet, etiam eum solvere, quod debet, et præstare oportere. In quam sententiam ita in *L. 1. §. 1. D. ad Turpil.* scriptum est: *si judex ita pronunciat, Calumniatus es, condemnavit reum, et quamvis nihil de pœna subiecerit: tamen legis potestas adversus eum exercebitur.* Absolvere † an-
3 tem, liberare est. Proinde absolvit reum sententia sua judex, sive ab eo amplius quid peti vetet, sive eum nihil debere pronunciet. Nam et in arbitro hæc pronunciatio pro sententia valet: a quo, non minus, quam a judice hoc exigimus, ut litem sententia sua finiat, *L. quid tamen §. si arbitror. L. qualem, §. dicere. D. de rec.* Ideo autem hac pronunciatione reum absolvere dicitur, quia hoc modo reum judicio, quo prius tenebatur, liberat. Nam et judicium isto modo solvitur, et simul evenit, ut reus amplius eadem peti-
4 tione non teneantur. Sed quod dicitur, † rem finem accipere controversiam condemnatione vel absolutione, sic intelligendum est: condemnatione vel absolutione certa, sive quæ certam habeat quantitatem. Nam si ita pronunciavit judex. Quoniam debes illi, solve, quod debes: non diremit controversiam. Hoc enim adhuc necesse est quæri, quantum debeatur. Idcirco receptum est, eam condemnationem non valere, quæ sine certa quantitate facta est, nisi parte aliqua actorum certa quantitas sit comprehensa, *L. pen. et tot. tit. C. de sent. quæ sin. cer. quan. prof.* Quod tamen id hoc loco prætermissum est, non caret defensione. Dici enim potest, incertam condemnationem, condemnationem non esse. Pro non dicto est enim quod dictum quid significet, non intelligitur, *L. 2. D. de his quæ pro non script. hab.* Ita fit, ut qui condemnationem nominavit, etsi nihil addat amplius; tamen vi ipsa satis intelligatur condemnationem, quæ certa sit, appellasse.

In hac definitione videntur † duo merito 5
reprehendi posse. Unum, quod Modestinus rem judicatam definit, litem, sive rem, de qua agitur. Ait enim rem esse, quæ finem accepit controversiarum. Est autem lis et res controversa, quæ hunc finem accepit. Alterum, quod tunc solum rem judicatam esse dicit, cum res finem controversiarum accepit: Quorum utrumque falsum videtur. Nam primum res judicata sententiam judicis significat. Hæc vero non finem accipit controversiæ, sed imponit. Ex hac significatione illa sunt. Dicimus enim re judicatæ standum esse, *L. cum prolatis, infr. eod.* ubi nihil aliud intelligimus, quam sententiæ standum esse. Stare enim rei judicatæ, est parere rei judicatæ, non paremus autem liti et negotio quod nihil iniungit: sed paremus sententiæ quæ iniungit, ut solvamus, aut a nobis peti vetat. Dicimus rem judicatam rescindi non posse, *L. 2. C. de sent. res non pos.* quo non aliud declaratur, quam quod est in inscriptione ejus tituli, nempe sententiam rescindi non posse. Dicimus item magistratum rem judicatam exequi *L. 3. et L. 4. C. de exeo. rei jud.* id ipsum, pro quo alibi dicitur magistratus sententiam exequi *L. 2. a Divo, §. si post. et seq. infr. eod.* sed et quod dicitur rem judicatam nocere, aut prodesse iis solum, inter quos res acta est, *L. 2. et tot. tit. C. quib. res jud. noc.* quid significet, manifestum est. Neque enim res et caussa nocet, aut prodest litigatoribus: condemnatio est in absolutio judicis, idest sententia judicis, quæ horum alterutrum continet. Jam vero quod dicit Modestin. rem judicatam esse tum, cum res fidem controversiarum accepit, ita dicit, quasi sententia lata a judice, non sit res judicata, nisi certum esse cœperit a sententia

alias crebrum est. Non igitur recte Marsil. *Sing.* 200. sententiam condemnatoriam diversam esse ab ea, qua quis condemnandus judicatur. Quod si ita esset, nulla foret hæc sententia, cum necesse sit ut condemnet vel absolvet. Quæritur an definitiva sic fieri possit: Pronuncio ut in consilio seu informatione Prudentis, si non addatur, et ita condemno. Vid. Pac. Scala *Lib. 4. de. Consil. Sapient. Cap.* 12. qui vult ex rigore juris sustineri non posse, cum declaratione egeat: secus ex benigniori interpretatione, cum quæ in præfationibus dicuntur in seqq. tacite repetita videantur *L.* 18. *de cond. inst.* cumque actorum appellatione veniat id consilium, satis esse, si sententia in aliqua parte actorum certa sit.

amplius appellari non posse. Certum est enim non esse finitam controversiam, quandiu a sententia appellari, atque ita de eadem re agi potest. Res enim judicata dicitur, a qua appellatur, imo vero appellari non posset, nisi res esset a judice judicata. *L. eos, in pr.*
6 *L. litigatorib. C. de appel.* De quibus ÷ paucis respondeo. Et primum de verbo rei judicatæ, ambiguum id esse, et non magis significare id rem controversam, de qua sententia fertur, quam sententiam judicis. Nam et res controversa res est, de qua indicamus: et sententia nostra est ipsum illud, quod judicamus. Proinde et dicitur recte utrumque res judicata: siquidem illud dicitur a nobis judicari, et de quo judicamus, et quod judicamus. Sed maluit Modestin. rem (5) judicatam definire eam, quæ finem accepit, sententiæ edicti fortasse serviens, in quo res judicata pro re, de qua judicatum est, accipitur. Sic enim verba fuerunt edicti: *Si res de qua agitur, judicata esse diceretur*, idest res ipsa, quæ in judicium venit, et de qua judicium factum est. De quo dixi ad *L. ait prætor, infr. eod.* Quanquam utrum potius definitione explicetur, sententiane, an res judicata, ad rem omnino nihil, aut parum admodum interest. Nam ex re, quæ finem controversiarum accipit pronunciatione judicis, satis hanc ipsam pronunciationem intelligimus, quæ finem imponit; et contra, ex judicio et sententia judicis de re controversa non possumus natura, quin eam rem una intelligamus, de qua sententia fertur, idest, quæ hunc finem sententia accipit. Relata sunt hæc inter se, res quæ accipit finem, et res quæ imponit: quorum unum ab altero habet ut sit: ut proinde uno posito necesse sit continuo alterum statui, et intelligi, quod ei ex adverso respondeat.

De fine controversiarum, quid secundo loco reprehendebatur, sit hoc responsum. Postquam sententia lata est (6) res judicata est. Nec aliud est judicare, quam sententiam ferre, ut colligere licet ex *L. de qua re, D. de jud.* juncta, *L. judex, 55. L. antep. infr. eod.* Etiam illud concedimus, quod et verum est, sententia lata, et quod idem valet, re judicata non ita finem imponi controversiis, ut de eadem re amplius agi non possit. A sententia enim appellari potest superior judex, qui eadem de re amplius cognoscat, et judicet, et si faciendum esse videbitur, prioris judicis sententiam rescindat. Sed non eo minus vera est Modestini definitio, sive scribentis sententiam, sive verba spectamus. Nam quod ad sententiam attinet, non dubito, quin ille hoc sentiat, non rem judicatam esse eam, quæ plane et re ipsa finem acceperit controversiarum; sed, quæ (7) acceperit mente et proposito judicantis: idest, eam de qua hac mente pronunciaverit judex, ut per hoc vellet finem lite imponi, et litigatores ab omni controversia discedere, quod illi contingere ait condemnatione, vel absolutione. Hoc de sententia ab abitro dicta, seu de re ab arbitro judicata scripsit Ulpianus in *L. qualem, §. dicere, D. de recept.* *Dicere autem sententiam*, inquit, *existimamus eum, qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere eos* (litigatores intellige) *a tota controversia velit:* quod perinde est, ac si diceret, et tunc quoque rem ab arbitro judicatam esse dici...

(5) *Duar. ad L. 1, h. t.* Res judicata significat magis caussam et litem quæ sententia finitur *L. 1, h. t.* Cic. 3. *de invent.* Quia vero hæc ita conjuncta, nec separari possunt, sæpe alterum pro alio metonymice sumitur, ut executio rei judicatæ, rebus judicatis standum esse, etc. add. Monach. *Pract. P.* 15. *C.* 1. *n.* 3. Sententia ut a re judicata differat. Robert. 1. *Sent.* 23. Cujac. *ad C.* 1. *extra h. tit.*

(6) Et ita *com. gl. et* DD tradere ut et res judicata dicatur quæ appellatione suspendi potest, scribit Vasq. 2. *contr. usufreq.* 35. *n.* 2. Et consentit Duar. ad *L.* 1. *h. t.* licet aliquando contra usurpari dicat ut *L.* 23, §. 1, *de cond. ind.* Quomodo sententia dicitur transire in rem judicatam, *C. quod ad consultat.* 15. *extra h. t.* Verum immo rectius alii Coras ad *L. ingen.* 25. *de sta. hom. n.* 2. P. Fab. ad *L.* 207. *de R. I. pag.* 90. Cagnol. *ibid. n.* 6. Goed. *in Clemen. un. de sequestrat. n.* 790. Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 12. *n.* 86. proprie rem judicatam dici cum appellationis, aliave ex caussa pronunciatum impediri, suspendi, rescindi nequit. Sententiam vero, etiam eum ab ea provocatum est vel provocari potest. Quod aliquo probant *d. L.* 23, §. 1. *et alia LL. a* Goed. *citatæ.* Neque legimus sententiam pro veritate haberi, uti rem judicatam, Coras. *d. loc.* Quod faciunt et confirmant quæ fuse tradit Lancell. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 4. *præfat. n.* 250. *et seqq.* quia lis non aliter finita dicitur. Et sententia per remedium aliquod suspensa, dicitur adhuc caussa durare ac lis pendere, Moller. 2. *Semestr.* 1. *n.* 2. Nec appellatione pendente condemnatus dicitur *L.* 15, §. *pen. Qui satisd. cop.* Vid. Gail. 1. *Obs.* 147. *n.* 10. seq.

(7) Ita Duar. ad *L.* 1. *h. t.* spectari consilium judicis, qui quantum in se est, caussam finire debeat. Quodque sententia quæ ex intentione judicis hoc non efficit, sententia dici non mereatur. Etsi namque in potestate judicis non semper sit, ut rem judicatam efficiat, cum in prima instantia cognoscit, ita tamen judicare debet, quasi ab eo appellari non possit. Sarm. 1. *Sel. interpret.* 13. *n.* 1.

bitro judicari. Neque vero aliter sententia dicitur, et res judicatur ab arbitro, aliter a judice, ut quidem lis dirimatur, sed nec ad tiniendam controversiam in utriusque sententiam quidquam interest; nisi quod arbitri sententiæ vis major, ut cui standum sit, sive æquum, sive iniquum arbiter dixerit, propter pœnam arbitrio compromissam. *L. societatem*, 76. §. *ult. D. pro soc soc.* Quare quod ab Ulpiano de sententia arbitri, et re ab eo judicata dictum est, hoc ipsum et hoc loco de re a judice judicata a Modestino dictum esse exstimandum est. Quod si quis neglecta auctoris sententia, quæ et ex conditione ipsius rei, de qua agitur, et ex aliis locis facile colligatur, verba definitionis urgeat: etiam secundum verba est, quod commode respondemus: rem judicatam nimirum esse, quæ vere etiam finem controversiarum acceperit, non quidem apud novos judices, si qui de ea re postea inducantur: attamen in eo judicio, quo antea agebatur, et apud eum judicem, apud quem agebatur. Nam re judicata et prius judicium finitur, et qui judicavit, judex esse desinit: denique sic apud eum finiuntur omnes controversiæ, ut ne hoc quidem illi concedatur, sententiam suam corrigere, etsi male judicarit, *L. judex*, 55. *inf. eod.* Hoc vero ad defensionem superioris definitionis est satis: Ut enim verum sit rem finem accepisse controversiarum; satis est id contigisse apud aliquem, aut in judicio aliquo, etiamsi non apud omnes, neque in judiciis omnibus. Sed et in hoc fine præsens judicium, et præsentem judicem, non novum intelligi debere, satis definitio ipso declaratur; ut enim res judicata est, non quæ apud omnes judicata est, sed quæ apud eum, qui sententiam dixit: sic finem controversiæ accepisse eam interpretari debemus, quæ finem accepit apud eum, qui judicavit; non etiam apud cæteros: alioqui plus definitione complectemur, quam sit in eo, quod definitur.

Ad L. Qui pro. 2.

Ulpianus *lib. 6. ad edictum.*

Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat; sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat pro caussæ qualitate et quantitate, vel personarum obsequio, vel contumacia. Sed perraro intra statutum tempus sententiæ exequuntur: veluti si alimenta constituantur, vel minori vigintiquinque annis subveniatur.

SUMMARIA.

1. *Quodnam sit judicati tempus.*
2. *Hoc datum esse reo humanitatis gratia; et quid hoc sit explicatur.*
3. A LL. 12. Tabb. *initium duxit judicati tempus. Fragmentum* L. 12. Tabb. *exponitur.*
4. *Spatium illud a Constitutionibus aucium indefinite usurpari* in pandect. *Quadrimestre a Justiniano constitutum.*
5. *Rerum partitio et totius legis summa.*
6. *Judicati tempus jure prorogare sive arctare potest quisquis* pro tribunali cognoscit.
   et n. 7.
   Quid sit tribunal, et unde dictum ibid.
   Num et judex datus tempus illud prorogare possit, seu restringere. ibid.
8. *Magistratus potest idem facere et in sententia, et postea. Exponitur* L. 4. si quis condemnatus, eod.
9. *Non tamen mutare potest sine caussa tempus judicati, et quid si hoc audeat.*
10. *Caussæ mutando judicati tempori aptæ quales sint.*
11. *In his caussis judicati tempus arctari debet.* I. *in petitione speciei et quatenus.*
12. II. *In actione in rem.*
13. III. *In actione in personam quæ ex dolo nascitur aut ex maleficio.*
14. IV. *In actione tamen quod metus caussa tempus indulgeri reo intra quod expedire rem possit.*
15. V. *In dolis caussa indulgeri tempus condemnatio et quare.*
16. *Ex quantitate caussæ hæc ineunda æstimatio ut si summa parva sit et reus dives nulla concedatur dilatio.*
17. *Contra si summa haud facilis sit expeditu aut casu aliquo talis fiat, justa dilatio concedenda, eaque etiam proroganda.*
18. *Legitimum judicati tempus obsequenti reo dari debet aut prorogari: utrumque contumaci denegandum.*
19. *Inter caussis alimentorum et minorum nullæ reo dantur ad solvendum temporis induciæ, et quare.*

De tempore judicati hic sententia est Ulpiani, non semper id tempus servari a magistratu: sed nonnunquam arctari nonnunquam prorogari. simul quando id faciendum sit, docet. Quodnam vero id tempus esset, quod prius statui oportuit, et hic et aliis in locis sub hoc tit. in medio relictum est.
1 Quare locus postulat, ut † quodnam sit hoc, quod dicitur, judicati tempus, ante omnia consideremus. Et sciendum est, cum rei condemnati pecuniam, quæ ab his judicio petitur et ante sententiam pure debuerint, et nunc multo magis debeant post condemnationem (neque enim aliter ab eis ante peti potuisset, *L. credere, D. de verb. signif.*) tamen iis itidem ut confessis certum tempus constitutum esse ad solvendum, intra quod cum his judicati agi non posset: quod appellatur tempus judicati, vel quia judicatis detur, vel potius quod detur judicato faciendo *L. intra. 7. L. tempus, 29. in fin. eod. L. si debitori, D. de judic. L. si cum militi. §.*
ult. D. de compens. Quamobrem † datum 2
sit, quis quærat, datum id est humanitatis gratia, ut Papin. scripsit in *d. L. si cum militi, §. ult.* Neque enim summi juris ratio aliud ferebat, quam ut si quis quid deberet pure ab eo invito pecunia posset exigi,

l. debitor. D. de verb. sign. Unde dicitur hoc tempus non dari condemnato, sed frequentius indulgeri, *d. L. si debitori, D. de jud. et d. L. si cum militi, in fin. de compen.* Indulgemus enim ea, quæ liberaliter concedimus, cum sint ejusmodi, ut jure nostro negare potuerimus. Neque vero abs re est, cur id in hac specie humanum sit habitum, ac cur etiam in eo humanitas vicerit. Sæpe enim fit, ut reo condemnato difficile sit pecuniam, quam solvere jussus est, statim expedire, idque eo difficilius, quod ut plurimum accidat, ut præter spem et opinionem reus condemnetur. Quod si in hac difficultate pecuniæ, quia non solvit, continuo res ejus pignori capiuntur, et distrahuntur ut fert ordo judicati executionis: hic necesse erit sæpe eum magnum incurrere damnum rei familiaris, atque etiam famæ periculum adire. Damnum in eo est primum, quod pignoribus distractis amissurus est res necessarias: deinde quod res minime distrahentur in auctione, uti evenire necesse est, ubi res non reperiunt aliter cunctatorem; præcipue quod in autione facienda magni sumptus faciendi sunt, quæ omnia dependenda erunt reo præter pecuniam quæ debetur. Accedit ad hæc damna ignominia auctionis. Semper enim turpe habitum est, bonorum distractionem pati, ut multis verbis ostendit Cicero *in oratione pro P. Quinto*. Adversus quæ incommoda magna ratio humanitatis suadet subveniendum esse condemnato, quod ejus fieri possit sine magno damno creditoris. Et hoc quidem in ea dilatione temporis, quæ datur, aut nullum est, aut certe non ejusmodi, cujus ratio habenda sit, neque enim magnum damnum est in mora modici temporis, ut Ulpianus ait in *d. L. si debitori, D. de jud.*

Hoc tempus qua lege. et quodnam initio constitutum esset, nesciremus, nisi apud A. Gellium exstaret fragmentum legis duodecim tabb. quo hac de re cautum est. Fuit autem in lege, ut Gellius refert *Lib.* 20. *cap.* 1. caput (1) ejusmodi *Æris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto.* Quam partem legis docti aliquot viri nostra ætate feliciter restituerunt, et egregie expositam posteritati tradiderunt. Sunt igitur ea lege judicatis triginta dies, quos lex justos esse jubet. Justos Gellius (2) interpretatur, qui justicium habeant, idest, juris cessationem quandam; quoniam per hos dies cum reo jure agi non possit. Hoc viris illis doctis non placet. Et recte, judicio meo non placet. Scimus enim justum dici non in quo jus non est: sed contra in quo jus est: ut sit justum, vel quod jure datur, vel per quod jure aliquid agitur. Unde Romanis dies prœliares justi dicti sunt non alia de caussa, quam quod his diebus liceret res jure repetere, vel hostem lacessere, teste Macrobio *Lib.* 1. *Saturn. Cap.* 16. idest, quod sit dies ad res repetendas, et hostem lacessendum jure dati essent. Cui significationi repugnat, si dixerimus justos eos, qui habent juris, seu ejus, quod jure fieri possit, cessationem. Verius est igitur, quod et illi significare videntur, justos dies in lege dici, qui jure habeantur. Fieri enim potuit, ut ante legem aut nulla esset dilatio reis condemnatis, aut si esset, ea daretur arbitrio magistratuum, ipsi condemnati eam jure suo sibi defendere non possent. Lex autem constituit, ut deinceps hi dies reo justi essent; idest, etsi a magistratu dati non essent; non minus tamen eos condemnati posset jure sibi defendere, quam si in diem obligatio ab initio esset constituta. Hoc tempus † postea auctum est constitutionibus: sed varie, unde factum videtur, ut spacium certum hujus dilationis nullum nominetur in Pandectis: sed ubique infinite appelletur vel judicati tempus ut hic, vel constitui dies, ut in *L. intra.* 7. *inf. eod.* Duos menses priores Impp. dederant, ut Justinian. significat in *L. ult.* § *ult. C. de usur. rei jud.* et scire licet ex *L.* 2. *C. Th. de usur. rei jud.* Ipse Justin. ad extremum (3) quatuor 4

(1) Cont. 2. *subsec. lect.* 18. *n.* 5. emendat ita, æris confessis, reisque jure judicatis. Ræver. ad *LL.* 12. *tab. Cap.* 8. sic; Aeris confessi, æerisque debiti judicatis. Sed nulla corrigendi necessitas.

(2) Quod probat Coras. *de Jur. art. Parte* 1. *Cap.* 22. Goed. ad *L.* 43. *de V. S. n.* 1. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *n.* 10. uti justitiam dici putat a vi et sistendo, ita et hos dies justos, quod vis in reos iisdem sistatur et executio solutionisque coactio suspendatur. Sed recte Donell. et Cujac. 3. *Obs.* 39. *pr.* Theod. Marcil. *in Collect. L.* 12. *tab.* 18.

(3) Unde Græci passim hoc tempus vocant τὴν' τετζάμηνον Leunclav. *Notator. Lib.* 2. *C.* 50. *et* 91. Mensem vero, etsi varie definiant, 30. diebus constare verius et receptius est, per *L.* 11. §. 6. *de adult. auth. jubemus. Cod. de judic.* De quo vid. Vurmser. *Tit* 50. *Obs.* 5. Menoch. *Arb. Cap.* 50 Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 24. Confer Mornæ, Plessæ, *de veritate relig. Christ. Cap.* 8. *pag.* 99. Cæterum hoc tempus statutum in actione in personam, in actione vero in rem non obtinet, Duar. ad *L.* 2. *h. tit.* Ant. Fab. 7. *Conject.* 1. Gifan. ad *L.* 25. *de O. et A. n.* 27. Dambuder. *Praxi C.* 256. *n.* 3. Coler. *P.* 3. *C.* 9. *n.* 11. Wurmser. *Tit.* 23. *Obs.* 1. *n.* 2.

menses constituit. Sic enim ille scribit in *eod. L. ult.* antiquitatem quidem condemnatis laxamentum duorum mensium dedisse: fidejussoribus autem eorum denegasse: se vero et quadrimestres inducias dedisse condemnatis, et quas his dederit, easdem fidejussoribus eorum hac lege tribuere. Ac ne quis forte dicat, eam constitutionem pertinere duntaxat ad eos, qui usuras rei judicatæ exigunt, quoniam constitutio Justiniani initio de his usuris agit: verba ipsa constitutionis consulenda sunt. Ait vero Justinianus se quatuor menses constituisse reis, et nunc constituere eorum fidejussoribus in omnibus caussis, in quibus antea victoribus licebat a fidejussoribus eorum statim *exigere vel pecunias, vel res in condemnatione positas.* Cum res dicit condemnatione comprehensas, declarat se non sentire de usuris rei judicatæ ante id tempus non exigendis: propterea quod cæterarum rerum fructus sunt: usura autem pecuniæ dumtaxat numeratæ *L.* 3. *§. non unquam, D. de usuris.*

Cum sit hoc tempus judicati constitutum quod diximus: sæpe accidere potest, ut hoc spacium sit longius justo: interdum etiam ut sit brevius. Hinc tractatum, quæ hujus loci quæstio est, an possit judex hoc tempus
5 mutare, si res exigat. In quo † quæruntur quatuor. Primum, an judex possit hoc tempus arctare, vel prorogare. Alterum, si potest, an possit pro arbitrio, an non nisi ex caussa. Tertium si ex caussa, quæ sit justa caussa hujus temporis mutandi. Postremum, sit ne hæc potestas cujusque judicis. De quibus breviter ad hanc sententiam statuit Ulpianus; posse judicem tempus judicati constitutum non servare. Posse, sed ex caussa. Caussam æstimandam ex negotii qualitate aut quantitate, aut personarum conditione. Cæterum hanc potestatem non esse cujusvis judicis: sed ejus qui tribunali præest: idest, magistratus et ejus qui habet jurisdictionem.

Ait, *qui pro † tribunali cognoscit.*) Descriptio est hæc magistratus, et ejus qui juri dicendo præest, veteribus usitata, quæ et legitur in *L.* 1. *D. de judic.* Fuit enim tribunal locus sublimis, in quo sedebant magistratus populi Romani, eum jus reddebant, dictus a tribubus: vel quod ex hoc loco magistratus jura redderet tribubus, idest, pop. Romano: vel quod tribus ipsæ, idest, populus inde per magistratum qui populi personam sustinet, jus redderent. Fuit autem solis magistratibus jura reddentibus destinatus, ut hoc, pro tribunali cognoscere, nibil aliud declaret, quam magistratum esse, et præesse juri dicundo. De quo si quis plura nosse vult, legat Budæi annotationes ad *L.* 1. *D. de jud.* Quid ergo, si jus judicaverit, qui mandatam tantum jurisdictionem habet? Idem dicendum est, nam hic vice mandantis fungitur, *L. solet, D. de jurisd.* Et in universum quisquis jurisdictionem habebit, et sententiam exequetur: huic jus erit, tempus judicati, aut arctandi, aut prorogandi, ubique enim jurisdictionis eadem potestas est, tantummodo ut res ad jurisdictionem judicis pertineat. Quid, si erit tantum judex datus, qui judicaverit? Cum hic sententia lata, judex esse desinat, *L. judex,* 55. *infr. eod.* Proinde nec sententiam suam possit exequi, *L. a Divo, inf.* perspicuum est, huic post sententiam dietam nihil juris superesse. Quid si is in sententia 6

Menoch. *Arb. Casu* 28. Etsi diss. P. Frideric. *Lib.* 2. *de Mandat. judic. Cap. ult. n.* 19. Quippe in his judicis officium est, ut statim jubeat rem domino restitui; nisi possessor caussetur, se non posse in præsenti restituere, ubi si sine frustratione id dicat tempus ei indulgendum, §. 2. *I. de offic. jud.* quantum autem, id judiciis arbitrii est, Menoch. *dict. Cap.* 8. Et hoc discrimen arguunt verba *d. L. ult. ad solvendam.* Solutio enim non nisi obligationis. Sicuti nec usuræ, de quibus ibid. ex actione reali. Et ratio differentiæ vera hæc; Facilius res aliena restitui potest, quam pecunia explicari Gifan. *d. loc.* Non autem illa, quod minus favorabilis caussa ejus, qui rem mala fide possidet post litem contestatam, ut A. Fab. *d. C.* 1. Nam immo sæpe in actione in personam major est perfidia reconventi, et actio realis sæpe juste excipi potest. Minus ista ejusdem Fabri, quod in actione in rem adjudicatio magis fiat quam condemnatio personæ, ut frustra dilatio concedatur non condemnatio. Quæ bis peccant. 1.° Quod adjudicatio asseritur, vid. not. supr. *Lib. Civil. Comment.* 20. *C.* 6. *N.* 4. 2.° Quod condemnatio negatur, vid. not. ad *L.* 1. *h. tit. N.* 3. *h.* Sed et Patricius *referente* Harmenop. *Lib.* 1. *Promptuarii Tit.* 4. *Cap. de quadrimestri quod debitoribus conceditur,* diviti solum ac rerum soli possessori hoc tempus indulgeri voluit, ut libere, ac per otium interea vendere, aut pignorare res suas possit. Inopi vel tenui non concedi, cum verendum sit, ne reus interea omnia consumat. Jure Sax. scripto judicatis et confessis debitoribus 14. dies; ex consuetudine vero communi sex hebdomadæ ac tres dies indulgentur, Vid. Sneidvin. ad §. *quadrupli* 27. *I. de act. n.* 62. *Coler. p.* 3. *C.* 6. *n.* 7. *et decis.* 133. uti et ex Nov. Elect. Augusti *ult. P.* 1. quæ 14. dies in realibus reliquit.

brevius, aut longius tempus complectatur, intra quod jubeat condemnatum solvere? Verius est hujus etiam sententiæ hac in re standum esse, de quo postea ad *L. 4. §. si quis condemnatus, inf.* Neque tamen id adversatur hujus loci sententiæ. Magistratus enim, et qui vice ejus fungitur, tempus judicati mutare potest semper, idest, et in sententia, et post sententiam: judex datus, cujus post sententiam nullæ jam partes sunt, non item.

Ait, *non semper tempus judicati servat.*) Sed utrum jure non servat, an injuria?. Ma-
7 nifestum est, Ulpianum † hoc sentire, judicem jure suo id facere, non injuria. Nam si de eo ageret, quid judex injuriæ facere potest: postquam dixit judicem, tempus nonnunquam arctare, nonnunquam prorogare, male adjiceret, pro caussæ qualitate, et cætera quæ sequuntur: cum judex si injuria quid facit, possit facere non spectata caussæ et personarum qualitate. Hoc igitur dicit: licet judici tempus judicati non servare; sed prout videbitur. alias arctare, alias prorogare. ut cum hoc facit, jure fecisse intelligatur, nihil injuria. At quomodo hoc non iniquum, et contra jus, quod alicui jure datum sit. id magistratum illi adimere? Juris enim præceptum hoc summum est, jus suum cuique tribuere, *L. justitiæ, §. 1. D. de just. et jur.* ex quo illa:. nulli hominum jus suum detrahi oportere. *L. 2. D. de iis, qui sunt sui, vel al. jur.* et indultum alicui a jure beneficium nulli esse auferendum, *C. indultum, extr. de regul. jur.* Et quidem ego judicio, si hæc facultas arctandi, aut prorogandi legitimi temporis ipsa lege judici non daretur, non posse eum, aut legitimum tempus reo datum illi adimere sine injuria. aut petitionem post legitimum tempus victori constitutam illi denegare. Nunc autem potestas de hac re æstimandi, et statuendi lege illi datur: quo fit, ut cum alterutrum caussa cognita statuerit, jure suo fecisse existimetur. Data est autem judici hæc facultas aut novis Imperatorum constitutionibus. In quo genere est constitutio Antonini Pii, quæ refertur in *L. debitoribus*, 31. *eod.* (jubetur enim in ea (4) tempus dari pro facultate cujusque: quod si reus statim solvendo sit, vult eum statim compelli ad solvendum) Aut si videtur alicui ea constitutio angustior, quam ut complectatur omnes caussas mutandi legitimi temporis, de quibus mox dicetur: audacius fortassis, non temere tamen defendetur, hanc ipsam facultatem contineri illis ipsis legibus, quibus hoc tempus judicato constitutum est. Non tribuitur aperte et verbis: at tribuitur legis sententia: proinde lege. Non enim tantum ex lege est, quod est ex verbis; sed etiam quod ex sententia *L. nominis, §. ult. D. de verb. sig.* Ac de sententia constat, quæ lex tempus indulget reo ad solvendum, indulgere eam, non ut creditori noceatur: sed ut subveniatur reo, ne facile bonorum distractionem patiatur. Hoc enim est, quod veteres dixerunt: hoc tempus humanitatis caussa indulgeri. Jam vero subvenieniendum est reo: at cui? nempe non indigno:. nempe agenti subveniendum est: sed ad tempus ita, ut sine fraude creditoris, et Reipub. id fiat, de quibus paulo post plura. Fac ergo reum indignum esse hac dilatione, aut ea non egere, aut rem ipsam sine fraude creditoris aut Reipub. differri non posse: Mens, et sententia legis repugnant, quo minus dilatio concedatur. Ita est: quandiu ratio et propositum legis retinetur, tandiu legi locus est. Ubi id, quod legi propositum est, cessat, illic convenit cessare legem, omnemque constitutionem, *L. quod dictum. D. de pact. L. 3. §. sed utrum. D. de minor.* Rursum, propositum est legi, hac dilatione subvenire condemnato. Quare si dilatio non erit satis ad subveniendum, conveniens est legis sententiæ, ut prorogetur.

Ait, *nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat,*) Hoc convenit, † magistratum, a 8
quo exsecutio sententiæ postulatur, post rem judicatam, posse tempus judicati et arctare condemnato et prorogare. Eundem constat et in sententia ampliorem diem condemnato dare posse ad solvendum. Nam hoc quemvis judicem facere posse non obscure indicat *L. 4. §. si quis condemnatus, infr.* An possit etiam arctare, idest, minorem diem præstituere sententia sua, item ille locus, quem modo dixi, dubium facit. *Si quis condemnatus sit,* inquit Ulpianus *ut intra certos dies solvat. et minorem diem statuerit judex tempore legitimo, repletur ex lege, quod sententiæ judicis deest.* Quod nihil aliud significat, quam quod judex in eo statuit, pro non dicto esse, ac reum nihilominus totum integrum legitimum tempus habiturum. De condemnato simpliciter loquitur Ulpianus: ut proinde nihil referat, a quo sit condemnatus a magistratune, an a judice dato, qui jurisdictionem non habet. Argum. in *L. item veniunt, 20. §. a quo denunciatum, D. de pet.*

(4) *Ant. Fab. 7. conject. 1,* usu ita receptum fuisse ut tantum temporis ad solvendum daret judex pro arbitrio, quantum sufficere pro condemnati facultatibus videret. *d. L. 31.*

hered. Et quod judicem postea nominat, non facit, ut de judice tantum privato accipi debeat. Nam et magistratus, et omnis qui jurisdictionem habet, judices esse possunt, istoque ipso verbo ab eodem Ulpiano appellantur in *L. 1. D. de judic.* Sed fortasse illic judex qui minorem diem statuit, ex caussa id non facit: quod tamen hic exigimus. Nam hoc vulgo dicitur ad horum locorum conciliationem. Non ita est. Nam si illic judex recte condemnavit, caussam cognovit: non est enim res judicata, nisi quæ judicatur caussa cognita *L. judices, D. de judic. L. ex stipulatione. C. de sent. et interloc.* Proinde et illa cognovit judex, quæ qualitas esset caussæ nimirum, quæ quantitas, quod litigaturum obsequium et contumacia: quæ omnia in iis caussis spectanda sunt, propter quas hic dicimus magistratum recte arctare tempus, aut prorogare. Adde; quod si judicem illic de caussa non cognovisse diceremus, ne id quidem servandum esset, in qua ampliorem diem statuisset, contra quam illic respondetur. Quapropter non est, quod negemus aut illic magistratum judicavisse, aut quod minorem amplioremve diem sententia sua complexus est, id eum ex caussa cognita fecisse. Quid ergo est? an magistratum post sententiam diem arctare posse dicemus; sententia vero sua non posse? Atqui neque hoc loco quidquam distinguitur, ubi magistratus jure suo arctet, constitutum tempus; et cum constet vel judicem datum tempus arctare posse sententia sua, an dubitemus id et de magistratu, cujus major potestas est, affirmare? sane vero caussæ dici nihil potest, cur non possit idem et arctare. Quisquis enim judex est, sive is pro reo judicavit, sive contra reum, pariter rei judicatæ standum est: sed negandum est, judicem illic minorem diem statuendo tempus arctasse condemnato, ut non sit mirum, si etiam tum legitimum tempus reo servetur, qua de re illic plura.

Ait, *Pro caussæ qualitate, et quantitate, vel personarum obsequio, vel contumacia.*) Hoc dicit: Magistratus tempus judicati arctat, aut prorogat, prout hoc aut illud faciendum esse suadet, aut caussæ qualitas, idest conditio negocii et rei, de qua agitur; aut hujus ipsius caussæ quantitas, idest, quantitas quæ in caussa versatur; aut personarum, idest eorum, qui condemnati erunt,
9 obsequium, vel contumacia. His ✝ verbis declaratur illud utrumque quod proposui; nec magistratum sine caussa legitimum tempus mutare posse: et quoniam caussam quærimus, habere nos hoc loco, quibus ex rebus hanc caussam æstimemus. Quid tamen, si sine caussa mutabit magistratus legitimum tempus? Nempe jus est ab eo appellandi aut tanquam a judice, si id in sententia fecit, aut tanquam ab executione modum judicati excedente. Nam et hoc posterius facere concessum est *L. ab executione. C. non app. non rec.* nec vero dubium est, quin modum judicati excedat, qui formam excedat judicati vel faciendi vel exsequendi sententia judicis, aut lege constitutam. Sed de caussis ✝ supra scriptis videamus. Qualitas caussæ 10
aut in re est, quæ petitur, aut in genere obligationis. In re, alias species certa petitur, alias pecunia, aut res incerta. Genus actionis hujusmodi est: Aut enim actio in rem est, aut in personam; et in personam agitur alias ex maleficio debitoris, alias ex contractu, aut negotio gesto; atque etiam in contractu interdum privata caussa agitur, interdum res est cum publica utilitate conjuncta; ut si dos petatur, inter quas conditiones caussæ plurimum interest. Quantitas caussæ quid sit notum est: quantitas pecuniæ alias parva, alias major, alias summa. Hæ summæ sine dubio aliam atque aliam dilationem desiderant. Obsequium et contumaciam sic accipimus. Contumacia est, cum reus edictis evocatus judici non paret; sed quantum potest, rem trahit, *L. contumacia, 53. inf. eod.* Contrarium est contumaciæ obsequium. Ergo obsequium est in reo tum, cum is adesse jussus, obtemperat magistratui, nec quidquam facit frustrandæ et eludendæ actionis caussa. Ex his ita dicit Ulpianus arctandum esse aut prorogandum tempus condemnato, ut res scilicet exiget: ut hoc ipsum, quod præcipue quærendum videtur, prætermittat: utrum horum potius res unaquæque ex his, quæ supra scriptæ sunt, exigat. Quod ego, ut potero, nunc expediam, ea genera sigillatim prosequens, quæ paulo ante proposui.

Igitur ex (5) re, quæ petitur, dilatio arctanda est, si petatur ✝ species, et ea quidem, 11
cujus præstandæ facultatem reus habeat. Argum. in *L. debitoribus, 31. in princ. infr. eod.* Et certe qui rem habet, nec præstat, ideo tantum differt solutionem, ut creditori noceat. Neque vero maleficiis hominum indulgendum est. *L. in fundo, D. de rei vind.* Si res abest, idque sine dolo malo debito-

(5) Sed ad actionem in rem *de quib. d. §. 2.* hoc tempus plane non pertinet. *Vid. Not. ad L. 2. h. tit. N. 3. supr. tit. Cod.*

sis: non est iniquum ei tantum tempus
dari, quantum satis sit ad rem perquiren-
dam et recuperandam, ut fit in judicio pe-
titorio, de quo in §. 1. *Inst. de off. jud.* In
pecunia id servandum, quod de quantitate
mox dicam. In genere actionis multum re-
fert, ut dixi, utrum in rem agatur an in
12 personam. In actione † in rem species pe-
titur: de ea id sequendum, quod de specie
13 certa jam supra posui. In actione † in per-
sonam si reus ex maleficio et dolo suo con-
venitur, puto ei omnem dilationem dene-
gandam. Primum hæc dilatio beneficium et
auxilium legis est: non recte auxilium le-
gum invocat, qui adversus leges committit,
L. auxilium, in fin. D. de injur. et in uni-
versum probatum est, in delictis nulli sub-
veniri. *L. si ex caussa, §. nunc videndum,
D. de injur.* Deinde non est hoc casu me-
tuendum, ne si statim pignora capiantur,
reus laboret. Nam hoc incommodum im-
probitati suæ acceptum ferre debet, ut de-
clarat Triphoninus in *L. bona fides, 2. resp.*
D. depos. *qui delinquendo*, inquit, *male me-
ritus est publice, is ut cæteris exemplo ad
deterrenda maleficia sit, etiam egestate la-
14 borare debet.* Sane in † actione quod metus
caussa significatur in *L. item si, 14. §. qua-
tenus, D. quod met. caus.* etiam condemnato
ei qui vim intulit, tempus judicati actionis
servari, intra quod possit rem expedire. Illud
vero etiam diserte illic scriptum est, ei qui
vim intulit, tempus dandum, intra quod
servum, qui in fuga est, persequatur, inter-
posita prius in eam rem cautione, qua ca-
veat se persecuturum, et omnimodo restitu-
turum. Sed hoc in hac actione fieri non est
iniquum. In ea enim non tam ob vim illa-
tam, quam ob culpam non restituentis con-
demnatio fit in quadruplum, ut indicatur in
eadem *L. item, §. quadruplabitur*: hac pœna
tam gravi, præsertim cum adversus culpam
non restituentis constituta sit, non temere
videtur quisquam affici debuisse prius, quam
merito ejus non restituentis cessatio et culpa
accusari posset: quod ita fieret, si saltem ea
dilatio ei daretur ad rem restituendam, quæ
cæteris omnibus nullam alioqui pœnam ex
cessatione metuentibus ad judicatum facien-
dum dari solet, et is intra id tempus rem
15 non restitueret. Si ex contractu agetur, †
et res (6) ad utilitatem publicam pertinebit
(puta, dotem peti) condemnatus sine mora
solvere cogendus est: quoniam id fieri Reip.
intersit, *L. 1. D. sol. mat.*

In cæteris caussis recte legitimum tempus
servabitur reo, aut etiam prorogabitur. Quod
tamen rursum † æstimandum erit ex caussæ 16
quantitate. In ea expedienda quid possit reus,
itidem, ut in specie, spectandum est. Nam
si parva est summa, et reus dives, nihil dif-
ferendum est, ut cavetur in *L. debitoribus,
infr.* Si summa † reo non expeditu facilis, 17
aut etiam de eo dubitari potest, justa di-
latio concedenda est. Proroganda etiam, si
aliquis casus inciderit, qui eam facultatem,
quæ prius fuisset, adimeret condemnato,
quod et ipsum eadem lege fieri præcipitur
in principio. Et hoc rursum ex obsequio
aut contumacia condemnati temperandum
est. De quibus † hoc puto esse observandum, 18
ut ubicunque diximus, tempus legitimum
dari, aut prorogari posse; id sic interpre-
tandum sit, ut tribuatur hoc obsequenti
reo, contumaci autem denegetur; quanta-
cunque sit summa, quæ petitur, et quan-
tumvis ex contractu agatur. Nam si ei, qui
diu frustratus est, legitimum spacium damus,
fiet hoc modo, ut ille ex contumacia sua
eam dilationem consequatur, quam non ha-
beret is, qui pro officio judici esset obsecu-
tus. Finge obsequentem reum, cum judicio
adesset vocatus, et nihil haberet quod agenti
contradiceret, intra tres aut quatuor dies
condemnatum esse: huic deinde quatuor
menses ad solvendum datos. Perspicuum est
huic brevius multo spacium futurum ad
pecuniam expediendam, quam ei qui per
sex menses, aut etiam annum integrum rem
frustrando traxerit. Porro absurdum est,
plus contumaci reo, quam obsequenti tribui,
ut omittam, nulli dolum suum lucrosum
esse debere, *L. 1. D. de dol.*

Ait. *sed perraro.*] Correctio est, quod
superius dixit, judicem non tantum posse
arctare tempus, sed etiam integrum posse
servare, atque adeo prorogare. Potest judex,
inquit Ulpianus, hoc facere in cæteris omni-
bus caussis, in quibus qualitas et obsequium
condemnati id patiatur. Sed sunt quædam
† caussæ quæ excipiuntur, in quibus per- 19
raro, idest fere nunquam intra statutum
tempus sententiæ exequuntur. Passive di-
ctum, pro, executioni mandantur, idest sunt
caussæ ejusmodi, in quibus non expectatur,
dum præterierit legitimum tempus; sed sta-
tim condemnatus solvere compellitur: quan-
tacunque summa erit, quantumcunque obse-
quium condemnati. Hujus generis caussæ
sunt, *veluti si alimenta constituantur*, inquit,

(6) Sic frumentariæ pecuniæ debitori nulla dilatio datur *L. 2. §. 3. de administr. rer. ad civit. pert.* Choppin. *de Privil. rust. Lib. 2. P. 1. C. 9. pag. 120.*

vel minori 25. *annis subveniatur.* In alimentorum petitione arctatur tempus: quia in his mora periculum allatura est, quippe sine alimentis vivi non potest. Non est autem differenda res, quæ sine periculo non potest differri, *L.* 5. §. *si quis rivos, D. de ope. nov. nun.* ideo de alimentis et per ferias agi potest, *L.* 2. *D. de fer. et dil.* In caussa minorum arctatur tempus adversario: quia persona minorum meretur præcipuum favorem, ut et eorum restitutio, et moræ definitio, quam in horum persona ex re ipsa fieri receptum est, facile declarant *tot. tit. de mino. et L. in minorem, C. in quib. cau. in integ. rest. nec. non est.* Humanum est reo dilationem dare: sed humanius est minori consulere, quo minus scilicet propter infirmitatem ætatis sibi prospicere, et res suas recte agere minores possunt, *L.* 1. *D. de injur.* Ex his exemplis, et iis rationibus quas hactenus reddidimus, si rem in pauca conferre volumus, licet colligere, semper justum tempus reo servandum esse: nisi si qua justa caussa afferatur, cur coarctetur. Quinque autem esse justas caussas propter quas legitima dilatione ei denegata statim solvere cogendus sit. Una est, si ea dilatione indignus erit. Jus namque non subvenit, quin potius hos afficit pœna, ut dignos præmio, *L.* 1. *D. de just. et jur.* Hujus autem generis est reus, qui aut convenitur ex maleficio, et dolo suo, aut contumax est. Altera caussa, si reus præstandæ rei, quæ petitur, facultatem habebit: nam, ut dixi, maliciis non est indulgendum. Id accidet, si aut rem petitam in potestate habebit, aut summam pecuniæ facile poterit expedire pro facultatibus. Tertia, si mora periculosa futura est: ut in alimentis. Quarta, si caussa cum utilitate publica coniuncta erit, ut in dote, quæ repetitur. Quinta et postrema, si minor erit, qui aget, propter favorem personæ. His, inquam, caussis cessantibus, tum denique spacium legitimum condemnato servandum est; idem etiam prorogandum postea, si quid inciderit, quod præsentem facultatem rei præstandæ reo auferet.

Ad L. *Qui condemnare.* 3.

Paulus *lib.* 17. *ad Edictum.*

Qui condemnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet.

SUMMARIA.

1. *Qui judex in eo datus, est ut aliquem condemnet, si pareat eum dare oportere, eundem absolvere potest, si nihil debeat.*
2. *Removetur difficultas; et superior definitio luculentius exponitur.*

Non est judicati actio, nisi res judicata sit ab eo, cujus de ea re jurisdictio est. *L.* 5. *inf.* vel ut posteriores locuti sunt, nisi sit judicata a competente judice. *Tit. C. si a non comp. jud.* Non est autem competens judex, nisi qui pro potestate accepta judicat. Ita non est competens, qui aut damnavit, cum damnandi jus non haberet, aut absolvit, cum non haberet absolvendi potestatem. Hinc
1 quæstio, † si forte quis ita datus sit judex, ut damnaret reum, si pareret, eum dare oportere, videaturne is quoque absolvendi etiam habere potestatem: ut si absolvit, rei judicatæ standum sit, quasi pro potestate id fecerit non secus, quam si damnasset. Non temere hoc quæritur. Nam judices olim sic dabantur a Prætore in judiciis privatis. *Gallus Aquilius judex esto. Si paret Sempronium centum mutua dare oportere, judex condemna.* Finge eum, qui ita datus sit, Sempronium absolvisse, quia cum nihil debere paruisset. Nimirum hic quæreretur, videreturne Sempronius pro potestate et juri-dictione judicis esse absolutus, ut hunc exceptione rei judicatæ tueri oporteret: hic Paulus rem dirimens, ita (1) definit, Qui damnare potest,

(1) Add. *L. nemo* 37. *de R. I. ubi* Vid. Ræv. et P. Fab. plenissime Menoch. 1. *Arb. Q.* 43. Quæ regula ad personam judicis refertur non ad personam rei, neque enim inde quis arguat: Nocentem damnare potest judex. Et absolvere igitur. Duar. ad *d L.* 3.

is absolvendi quoque potestatem habet, quod habet hanc sententiam: qui damnare potest, pro potestate damnandi sibi data, is et absolvendi quoque potestatem habet: absolvendi, inquam, non eum, qui damnari debeat; sed eum, qui absolvendus videatur. At quomodo
2 † absolvendi quoque potestatem habet, qui eam non accepit? et quomodo accepit, cui data non est? Sic res habet: qui fecit potestatem condemnandi, vi ipsa et absolvendi potestatem fecisse intelligitur. Colligitur autem voluntas non difficile his argumentis. Nam si magistratus voluit reum, qui deberet, condemnari in hoc judicio: multo magis voluit absolvi, si non deberet. Certe ita necesse est existimari, si magistratus, idest, viri boni, et ejus, qui jus reddat, officio fungi voluit. Nam cum utrique parti in jure reddendo consulendum est; tum vero ad absolvendum proniores esse debemus, *L. A. Arrianus, D. de obl. et act. L. absentem, D. de pœn.* Sed etsi voluit eum judicem, quem dabat, habere damnandi potestatem: multo magis eum voluit potestatem habere absolvendi. Plus enim multo est condemnare quam absolvere. Cur ergo magistratus prius illud nominatim permisit? Quia superfluum est priore illo concesso vel injuncto posterius adjicere: cum et ex verbo judicis, atque judicii, item ex eo, quod in judicio majus erat, et difficilius, id quod minus est, nec tamen minus ad officium judicis pertinet, satis datum intelligatur. Quid e converso, si judex ita datus sit, ut absolveret, si pareret reum non debere, aut nihil tale admisisse, quale insimulatur? Hic vero (2) non ideo damnandi potestatem habebit. Neque enim si cui quid conceditur quod minus est, ideo etiam ei conceditur quod est majus. Quod in hac ipsa specie prope diserte confirmatur in *L. ult. C. ubi senat. vel clar.*

(2) Add. *Nov.* 83. Duar. ad *d. L.* 3. Anton. Fab. 15. *Conject.* 1. Et ita Menoch. *d. Quæst.* 43. *n.* 26. prohibita condemnatione favore personæ concessam esse absolutionem.

Ad L. *Si se non obtulit.* 4.

Ulpianus *lib.* 58. *ad Edictum.*

Si se non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur, et in dominum dabitur: si se obtulit, in ipsum dabitur. Obtulisse autem se liti videtur, qui judicio pro domino se obtulit: non is, qui in rem suam procurator datus sit. Nam hic alia ratione recusare judicati actionem non potest, quia non in alienam, sed in rem suam procurator factus est. Tutor quoque, vel curator in ea conditione sunt, ut non debeant videri se liti obtulisse: idcircoque debet denegari in eos judicati actio.
Actor municipum potest rem judicatam recusare, in municipes enim judicati actio dabitur.

S U M M A R I A.

1. *Judicati actio datur in condemnatum, qui suo nomine non alieno conveniatur.*
2. *Nisi tamen liti se obtulit qui alieno nomine convenitur; et quis liti se obtulisse intelligatur* et n. 5.
3. *Nec tutor nec curator, nec actor municipum videntur se liti obtulisse, dum alienam caussam defendunt.*
4. *Item nec procurator quem dominus obtu. adversario, et pro eo satisdedit.*
6. *Quoties defensor ille condemnatur, qui judicati actione una tenetur, toties hanc in rei dominum dari.*
7. *Contraria diluuntur* et n. 8. 9. 10.
11. *Tutor et Curator, aut alii id genus defensores nec de litis sumptibus actione judicati tenentur.*
12 *Præterquam si ob dolum suum scilicet suo facto et nomine non alieno conventi damnentur.*

Rebus jure judicatis et condemnato reo, prætor actionem judicati constituit in condemnatum. De qua actione quæ, et qualis sit, dicetur ad *L. miles*, 6. §. *pen. et ult. inf.* Quid petat, sive ad quid detur, et in quem detur, hoc capite tractat Ulp. eam partem edicti explicans, qua de his rebus cautum est, ac primum in quem detur. Verba edicti de condemnato hæc fuerunt, *ut is pecuniam solvat*, quæ hic referuntur in §. 1. Ergo †
1 io condemnatum datur judicati actio, sed an in omnem, qui erit condemnatus? Et de eo hoc loco scribit Ulpianus ad hanc sententiam: si quis suo nomine conveniatur, non alieno, aut alieno quidem, sed in rem suam: in (1) hunc sine controversia judicati actionem dari, quod illis verbis indicat, *nam hic alia ratione*. Congruit *L. Plautius, D. de proc.* Item probandum † esse, etsi is in aliena
2 caussa condemnatus sit, qui se liti obtulerit. Quod si quis qui et alieno nomine conveniretur, et de re aliena, non sua, cum item se liti non obtulisset, condemnatus fuerit: hic demum rem in ea caussa esse, ut in hunc deneganda sit judicati actio, et in dominum danda. Extat eadem distinctio et in *d. L. Plautius, D. de proc.* Quæritur, quis se liti obtulisse videatur. Et primum hoc † ratum sit, 3
neminem videri se obtulisse liti, qui muneris necessitate coactus, alienam defensionem susceperit: quod hoc loco Ulpianus exemplo tutoris, curatoris, actoris municipum docet. Negat enim hos se liti obtulisse, eoque et judicati actione teneri. Non dubium, quin ideo neget, quin hi muneris necessitate cogantur ad alienam defensionem suscipiendam. Nam et tutela, et cura, et actoris municipum sive Syndici administratio publicum munus est,

(1) Actio judicati, ut contra Procuratorem detur, vid. supr. *Lib.* 18. *Cap. ult. N.* 4. Cujac. 15. *Observ.* 30. Robert. 2. *sent.* 2. Duar. ad *L.* 4. *pr. h. t.* Hart. Hartm. *t.* 7. *Obs.* 1.

L. munerum, §. 1. *et* §. *defensores*, *D. de muner. et hon.* Nec vero dici potest, alicui rei se offerre, qui hanc coactus suscipit, illud enim voluntatis est; hoc necessitatis: quæ sunt contraria. Ita in procuratorem seu defensorem solum cadit, ut dici possint, se liti obtulisse: quorum est videlicet, sponte alterius nomine suscipere actionem. Sed non
4 † continuo qui sponte alienam defensionem suscipit, idem se liti offert. Is dicendus non est se obtulisse liti, quem dominus dedit adversario, ipso pro eo satisdans, se judicatum solutorum, juxta formam præscriptam in §. *si vero aliquis*, *Inst. de satisd.* Non enim potest dici se obtulisse, quem alius suo nomine liti obtulit. Restat igitur, quod signi-
5 ficatur in *d. L. Plautius*, ut is † defensor videatur se liti obtulisse, qui pro reo absente suscipit actionem, ut simul satisdaret ipse se judicatum soluturum, non dominus pro eo, secundum formam traditam *in* §. *si vero ejus*, *Instit. de satisd.* neque interverit utrum procurator sciret cautum non esse: an vero is, qui defensoris loco cum satisdatione idem fecerit; verba sunt *L. Plautius*: quibus declaratur, non tantum eum defensorem, qui defensoris tantum loco sit, idest, qui ad defensionem alienam accesserit cum satisdatione sine mandato, damnatum conveniri debere, quasi qui vere se liti obtulerit: sed etiam verum procuratorem, qui defensionem absentis susceperit domini mandato, quum sciret cautum non esse nempe a domino: idest, dominum nihil cavisse, nihil satisdedisse pro defensore. Et recte hic dicitur, se obtulisse liti, qui pro se satisdedit. Necesse est enim, quem dominus in judicio præsens non obtulit, et de quo recipiendo nihil egit cum adversario, is se ipsum obtulisse intelligatur: cum oporteat
6 eum aut se, aut ab alio offerri. Illud † notandum, cum is defensor est, qui damnatus judicati non tenetur, quia liti se non obtulit, in dominum judicati actionem dari. Si tutor condemnatus est: in pupillum, *L.* 2. *D. de admin. tut.* Si actor municipium: in ipsos municipes. Si procurator: in dominum, et eum, ad quem ea res pertinet; ut in actore, et procuratore condemnato hic scriptum est *in princ. et fin.* 1. *resp.*

Habes Ulpiani distinctionem de iis, qui judicati actione tenentur, aut non tenentur.
7 Cujus rationem † non immerito quis requirat. Nam cum Prætor edicat, se actionem in condemnatum daturum, non in alium: quomodo defendemus aut hanc in tutorem, procuratoremve non dari, si condemnatus erit? aut in dominum dari qui non erit condemnatus? Errat enim, si quis putat caussa per tutorem, aut procuratorem defensa dominum condemnari, non procuratorem. Ipse procurator damnatur; non dominus, cujus persona in judicio non fuit, *L.* 1. *C. de sentent. et interloc.* Et quid opus est verbis? cum dicatur in tutorem et procuratorem, quamvis condemnatum, judicati actionem non dari? *L.* 2. *D. ad administrat. tutor. L. Plautius*, *D. de procurat.* Et de † 8
tutore, et similibus, quos diximus muneris necessitate cogi ad defensionem, facilior responsio est: hos nimirum, cum condemnati sunt, perinde haberi, quasi non ipsi condemnati essent, sed ii, quorum de re agitur. Nam ut ex uno judicetur de cæteris: quidquid tutor gerit, perinde est, quasi pupillus gessisset, et quod gestum est cum tutore, pro est, quasi gestum esset cum pupillo. Denique in omni administratione tutelæ tutor persona pupilli fungitur, non sua. Argumento hæc sunt: Tutor falsum testamentum dixit pupilli nomine, ea res tutori non nocet: quasi pupillus id dixerit, non tutor, *L. adversus*, §. 1. *D. de inoffic. test.* Tutor stipulatus est: pupillo id sic habetur, quasi pupillus stipulatus esset sibi. *L. eum qui*, §. *si actori*, *D. de constit. pecun.* Tutor se pupilli nomine obligavit. Finito officio non tenetur, sed pupillus. *L. post mortem*, §. *ult. D. quand. ex fact. tut.* Id facit muneris necessitas, quæ, ne tutori administratio noceat, exsecuta esse debet. *L. tutorem*, *D. de iis*, *quæ ut indign. aufer.* Quod si in cæteris caussis probatum est, etiam in hac admitti debet; scilicet ut hic quoque tutore condemnato ipse pupillus videatur condemnatus. Sed non item licet de procuratore dicere, qui sponte accessit ad defensionem alienam, non ulla necessitate. Denique procurator et si domini caussa aliquid facit: tamen ubi res ex persona ejus geritur, et ipse fidem suam obstringit, non minus ipse obligatur, quam si se suo nomine obligasset. *L. procurator qui*, 67. *D. de proc.* Itaque cur in hunc condemnatum judicati actio non detur ex edicto, difficilius dictu est. Sed tamen † et nec defensione sua 9
non caret, eaque nec subtili nec obscura. Id ergo eo fit, non quia dici possit procuratorem non vere et jure esse condemnatum; sed quia hoc actum est inter actorem dominum, atque adeo procuratorem ipsum, ne judicati actio daretur in eum procuratorem, quem dominus liti obtulit. Huc enim pertinet, quod dominus promisit se judicatum esse soluturum, non procurator. Porro in omni obligatione contrahenda constat neminem obligari sine con-

sensu, *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Quibus rebus satis responsum puto ad edicti verba. Sed verendum est, ne † aliis rebus quam
10 verbis edicti certo efficiatur, ut procurator condemnatus, quantumvis se liti non obtulerit, teneri tamen debeat judicati actione. Nam utrumque hoc certum est, et eum ad quem res pertinet, condemnatum teneri, quamvis sit procurator: quod hic scriptum est in *pr. et L. Plautius, D. de proc.* et procuratorem omnem, qui pro domino se obligavit, vinculum obligationis sponte susceptum frustra recusare, *L. procurator qui* 67. *D. de proc.* quorum utrumque convenire videtur in procuratorem. Etenim ut rem ejus quæramus, ipse litis contestatione dominus litis effectus est, *L. procuratoribus, L. nulla, C. de proc.* si ejus obligationem ipse judicium accipiendo, ut promittendo, pro domino se obligavit: quoniam judicio contrahitur, ut stipulatione, *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Sed ne quid horum nos moverit. Procurator litis contestatione dominus litis efficitur; sed non idcirco rei dominus, ut tanquam de re sua conveniatur. Aliud est dominum esse rei, seu rem esse alicujus: aliud esse dominum litis. Dominus rei est, ad quem commodum, aut incommodum rei suo nomine pertinet, *L.* 1. §. *in propria. D. quan. app. sit.* Hic quidem judicati actione tenetur. Sed non est hujus generis procurator, qui alieno nomine, non in rem suam suscepit actionem. Dominus autem litis dicitur, qui judicii et instantiæ dominus est, quod contingit procuratori lite contestata; quia ejus actionem retinere potest pro arbitrio, et pro arbitrio in alium transferre. Ea res vero procuratorem rei dominus non facit; utpote ad quem certum sit, neque commodum rei, neque incommodum pertinere, *L. si procurator.* 28. *D. de procur.* Quod autem dicitur, judicio suscepto contrahi obligationem judicati: hactenus verum est, nisi si quid contra actum sit. Jam enim dixi, nulla ex caussa obligationem nasci posse in negotiis gerendis, ubi hoc ipsum non agitur, ut obligatio nascatur, quod pene diserte scriptum est in *L. non omnis, D. si certum pet.* Nec dubium est, id ipsum agi in hac caussa ut dominus teneatur, qui procuratorem dedit, non procurator.

Quæsitum est, † an qui judicati actione
non tenentur, tutor, aut procurator, et si- 11
miles defensores, saltem in eos actio danda sit de sumptibus litis, quibus ipsi temere litigantes caussam præbuerunt. Et placuit etiam hoc nomine in dominum dari, non in tutorem aut procuratorem. *L. qui solidum.* 78. §. *etiam*, *D. de legat.* 2. Sane ob dolum † suum et calumniam condemna-
ri, et conveniri possunt tutores, et procura- 12
tores, *L. non est ignotum, C. de admin. tut. L. unic.* §. *si procurator*, *D. si quis jus dicenti non obtemp.* Sed multum interest, utrum tutor, tanquam tutor procurator tanquam procurator, idest, alieno nomine, et alienam sustinentes personam condemnetur: an vero condemnetur suo nomine, et de facto suo. Illic res aliena est: itaque hoc semper agi intelligitur, ut dominus teneatur. Hic de re sua convenitur tutor et procurator, cujus nomine condemnati se inique ferre non debet, et condemnati actionem judicati recusare non possunt. Sic autem suo nomine condemnari possunt, si exceptiones allegent, quas postea constiterit judici falsas, aut calumniosas esse. Argum. *d. L. non est ignotum, C. ad admin. tut. et L. tutorem, D. de iis quæ ut jud. auf.*

Ad §. *Ait prætor*.

Ait prætor, *Condematus, ut pecuniam solvat*. A judicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat. Quid ergo si solvere quidem paratus non sit, satisfacere autem paratus sit? Quid dicemus? Et ait Labeo, debuisse hoc quoque adjici: *Neque eo nomine satisfaciat*: fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat. Sed ratio pecuniæ exigendæ hæc fuit, quod noluerit prætor obligationes ex obligationibus fieri: idcirco ait, Ut pecunia solvator. Ex magna tamen et idonea caussa accedendum erit ad Labeonis sententiam.

SUMMARIA.

1. *Exigi a condemnato Prætoris Edicto ut pecuniam solvat*, satisfactionem contra *repudiari*.
2. *Quæ fuerit hac de re Labeonis sententia et quam habeat rationem.*
3. *Quomodo prætoris Edictum tuetur Ulpianus.*
4. *Sententia Labeonis* ex magna et idonea caussa *probat Ulpianus.*
5. *Magna et idonea caussa quæ sit, notatur, ea de re vulgaris sententia.*
6. *Sententia auctoris.*
7. *An et sine caussa audiri non debeat condemnatus, si satisfacere paratus sit, quæ probare videntur: Ea refelluntur.*

1 Exigit Prætor † a condemnato, ut pecuniam solvat. Hoc districte qui exigit, non admittit satisfactionem. Nam inter solutionem, et satisfactionem etiam in re ipsa multum interest. Solvere est re præstare, quod debetur, *L. solutam, D. de solut.* Satisfacere vult, qui offert fidejussorem, expromissorem, aut pignora, aut quid aliud pro eo, quod petitur, quibus ultra a creditore admissis, re ipsa satisfacit creditori. *L. promissor.* §. *ult. D. de const. pecun. L. si rem,* §. *omnis, D. de pign. action.* Quæ inter se plurimum distant.
2 Id Labeo † ex verbis edicti non negabat: sed contendebat etiam de satisfactione in edicto adiici debuisse: ut quoniam Prætor polliceretur actionem judicati, si condemnatus pecuniam non solvat, sic potius edictum concipi debuerit: si non solvat, neque eo nomine satisfaciat: declarans condemnatum non tantum solventem, sed etiam satisfacientem, idest, idoneum expromissorem offerentem pignorum captionem et distractionem evitare. Quæ sententia non caruit ratione. Nam adjectione judicati non aliud consequitur creditor, quam ut pignora capiat in caussam judicati, quæ deinde in eam ipsam caussam distrahantur. Et quid interest, quæso, utrum pignora in eam rem capiat, an accipiat fidejussorem, aut expromissorem: quando utraque via eodem modo illi cautum videtur? Notandum tamen exegisse Labeonem a condemnato idoneum expromissorem non fidejussorem, Sic enim ejus verba sunt: *fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat.* Quod non otiose ita scriptum est. Nam si fidejussorem condemnatus daret, quamvis admittente creditore: non ideo tamen cessaret adversus eum executio judicati ut diserte scriptum est in §. *sequent.* Est enim fidejussor, qui id ipsum promittit, et fide sua esse jubet, quod debet reus principalis: nec aliud est fidejussorum obligatio, quam accessio principalis obligationis, §. *fidejussorem, Instit. de fidejuss.* Unde satis intelligitur fidejussore dato, ita ex ea caussa obligari fidejussorem, ut reus ipse, qui eum dedit, pariter obligetur, ut ante, et quidem primo loco, cum obligetur fidejussor per accessionem. Quod si fit, perspicuum est judicati actionem et exsecutionem, quæ adversus reum fuit fidejussoris accessione non mutari, sed confirmari et augeri potius. Expromissor autem, cum pro obligatio datur, is intelligitur, qui ita pro alio quid promittit, ut obligationem novandi animo in se transferat reo principali liberato, *L. 4. D. de cond.*

caus. dat. L. 8. §. si convenerit, et L. aliquando, D. ad Vellejan. L. qui libertinus. §. nihil. et §. ult. D. de oper. libert. Quomodo, si quis condemnatus vice sua alium reum det, non dubium est, quin amplius judicati actione non teneatur. Hoc vero admittendum, si quis idoneum expromissorem offerat et eum qui id faciat, evitare judicari actionem Labeo putavit, ea ratione motus, ut probabile est, quam supra dixi. Ulpianus
3 hoc loco † sic tuetur edictum ut ostendat recte fecisse. Prætorem, qui a condemnato, hoc solum exegerit, ut pecuniam solveret, eademque opera expromissorem quamvis idoneum, omnemque aliam satisfactionem ad evitandam judicati executionem repudiarit. Noluit enim, inquit, obligationes ex obligationibus fieri; obligationem expromissoriam videlicet ex obligatione judicati. Et merito noluit: illo enim admisso eveniet, ut lites nascantur ex litibus. Nam expromissor si solvere pecuniam non vult, non statim cogi potest: sed novo judicio cum eo agendum est: sententia adversus eum accipienda. Sic denique procedendum, ad executionem judicati ut præscribitur in *L. 1. C. de exec. rei judic.* Hoc autem lites ex litibus nasci leges adversantur, tanquam rem bono publico, et saluti Reipub. inimicam, *L. terminato, C. de fruct. et lit. expens.* et jam ante a principio ostendi, id semper diligenter cavisse legislatores, ut esset in civitate, quam minimum litium. Quod exemplum et magistratus juris et utilitatis publicæ custodes sequi debeat. Hoc incommodum in pignoribus in caussam judicati captis non metuimus, hæc enim ita capiuntur, ut statim et sine nova ulla lite distrahantur. Et tamen, ne omnino abs re in hac caussa existimemus.
4 † Labeonem admisisse satisfactionem, sive idoneum expromissorem: fatetur Ulpianus ex magna et idonea caussa accedendum esse ad Labeonis sententiam.

Ex magna tamen et idonea caussa,) Quæritur, quæ † sit hæc magna et idonea caussa.
5 Et video omnes in hoc consentire, ut dicant de eo statuendum esse ex condemnati facultatibus, et rei qualitate: ut cujus magna est inopia, si idem non inhonesta ex caussa conveniatur, is audiendus sit idoneum expromissorem offerens: quia scilicet in *L. 2. supr. et L. debitoribus, infr. eod.* traditum sit ex his caussis tempus legitimum arctari, aut prorogari posse. Sed exemplum non congruit. Quæcunque enim res in supra scriptis locis commemorantur, propter quas legitimum tempus prorogari potest, hæ nihil amplius reo tribuunt, quam dilationem. Quo minus dilatione finita reus judicati recte conveniatur, non efficiunt, *d. L. debitoribus.* Itaque nihil ad hanc caussam, de qua agitur, pertinent. Agitur enim de eo, qui expromissore dato, hoc facto se necessitate solvendi et simul judicati actione liberari postulet. Alia igitur caussa, quæ id præstet, quærenda est. Mihi hæc † justa et sola esse 6
videtur, si nihil intersit creditoris, utrum potius debitoris pignora capiat an expromisserem, qui offertur. Neque enim honeste creditor debitori denegare potest, quod debitori prosit, ipsi nihil noceat, *L. 2. §. quanquam, D. de acq. et aqua plu. ar. cend.* ut autem ipsius nihil intersit, utrum faciat vel potius ut etiam ei utile sit expromissorem admittere, sic (1) evenire potest, si reus pauper, et rebus omnibus aliis destitutus immobilia tantum possideat, et ipse expromissorem det locupletem non tantum facultatibus, sed etiam conveniendi facilitate. Nam hoc expromissore admisso, si postea cum eo agat creditor, facilius ad jus suum perveniret, quam si immobilia potius capiat, ut ea distrahat. Etenim dives expromissor solvet potius, quam litigabit. Si litigare mallet, cito damnabitur, liquet enim de obligatione. Si tempus ei dabitur (quod breve esse oportet, ut adversus hominem locupletem) tamen quodcunque id erit, brevius futurum est omnino, quam illud, quod intervenire oportet in rebus soli subhastandis, et proscribendis. Nam in hac subhastatione certa solemnia præscripta sunt, et longiora tempora constituta. *L. 2. 4. et ult. C. de fid. instr. lib. 10.*

Hæc Ulpianus de sententia Labeonis circa satisfactionem hic admittendam, aut repudiandam. Verendum, † tamen, ne et sine 7
alia caussa audiendus videatur condemnatus si satisfacere tantum paratus sit, ut Labeo existimavit. Solventem liberari omnes concedunt, quare et satisfacientem liberari necesse est: postquam recepto jure satisfactio pro solutione habetur, *L. satisfactio. 52. D. de solut.* Sed aliud est satisfacere creditori, aliud satisfacere velle. Satisfit creditori cum ille expromissorem, aut quidvis aliud pro re debita oblatum admittit, eoque contentus

(1) Sic etsi cui pœna debetur, fundos, domos aliasve res oblatas in solutum accipere non teneatur regulariter, si tamen se parata pecunia destitui debitor ostendat, auditur: ne carceribus mancipetur et servatis iis quæ in *auth. hoc nisi Cod. de solut.* obligatione liberatur. Post. alios Moll. ad *Vor. elect. Sax.* 32. *p.* 2. *n.* 9.

est, *L.* 1. *D. qui satisdar. cogan. L.* 5. §. *satis. D de verbor. oblig. dicta L; si rem*, §. *omnis, de pignor. actione*. Quo fit, ut si hæc oblata recuset creditor, dici possit debitor his rebus velle satisfacere crediturі: revera non faciat satis, quoniam eum contentum non reddat. Satisfacere admittenti creditori pro solutione est: satisfacere velle, quod a satisfactione multum distat. non item, *d. L. item*, §. 1. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Itaque quod hic dicitur, eum satisfacere qui expromissorem recusanti offerat, abusive dicitur, et ex sensu debitoris, qui hoc ita appellat. Nec obstat quod in *L. promissor*, §. *ult. D. de const. pec.* scriptum est, eum qui constituit se satisfacturum, liberari, si det fidejussorem, aut pignora. Non enim hoc ideo responsum est, quia fidejussoris aut pignorum oblatio invito creditore sit satisfactio: quasi vi et potestate verbi ea oblatio admittatur: sed quia in superiore constitutu promissio erit inutilis, nisi in ea fidejussorem aut pignora promissa esse interpretemur. Alterutrum enim necesse esse, ant ut hæc præstare promissor debeat, aut solvere. Solvere non debet, quoniam id non promisit. Ita relinquitur, ut solum fidejussorem, aut pignora dare debeat. Si modo, inquam, promissionem valere volumus: quod ut fiat, in omni stipulatione, et promissione curandum est, *L. quoties in stipulationibus*, *D. de verb. obl.*

Ad §. *Si ex conventione.*

Si ex conventione litigantium cautum sit post rem judicatam ei, cui quis condemnatus est: eveniet, ut hic etiam recedatur: si modo novatio intercessit. Cæterum si non novandi caussa id factum est: manebit ordo executionis. Sed et si pignora accepta sint, vel fidejussores in rem judicatam: consequens erit dicere, non cessare executionem: quippe cum accesserit aliquid rei judicatæ, non est a re judicata recessum. Idem observandum est in eo, cujus procurator condemnatus est.

SUMMARIA.

1. *Cum quis in rem judicatam sponte cautionem accepit, utrum a re judicata recessisse videatur; et quomodo distinguendum.*
2. *Quando novatio videatur intervenisse ex Ulpiano.*
3. *Quid ex jure Justinianeo.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Actionem judicati manere adversus dominum, etiam procuratore condemnato, et cautioni aut fidejussoribus ab isto datis.*

Creditorem non esse cogendum cautionem admittere, ut recedat ab actione et executione judicati, supra effectum est. Quod, si † sponte cautionem admiserit in rem judicatam: puta, passus sit idem sibi promitti, aut
1 fidejussores, vel pignora in eam rem acceperit? an sic saltem recessum erit ab executione rei judicatæ? Et de eo statuit idem hoc loco Ulpianus, quod brevius comprehensum est, in *L. 2. C. de exsec. rei iud.* siquidem novandi animo cautionem aliam admisit creditor, recessisse eum a re judicata: Si non novandi caussa, manere ordinem exsecutionis. Tot enim verbis in hac re utitur hic Ulpianus, manere obligationem, et actionem judicati, qua in hoc agitur, ut si reus pecuniam non solvit, judex sententiam exsequatur, pignoribus certo ordine captis et distractis, *d. L. 2. C. de exec. rei jud. L. a Divo*, §. *in venditione, infr. eod.* Sed novatione priorem obligationem et actionem judicati tolli, nemo ignorat. Vis enim certa est novationis, *L.* 1. *D. de novat.* Rursum nulla novatione facta veterem actionem manere, quæ nova cautione sublata non sit, ea hoc quidem incertum fuit. Quod igitur hic † dubii fuisse dicemus, 2
in quo explicando Ulpianus laboraritl? Nam in re manifesta quærenda, aut probanda id eum facere valde stultum est, et omnino Jurisconsulto non convenit, *L. Domitius. D. qui test. fac. poss.* Et observandum est in eo potissimum laborare Ulpianum, ut ostendat id, quod olim dubitationem habuit, quando et quæ nova cautio novandi animo addita

videretur aut non videretur: ut illic quidem a re judicata recessum esset: hic non esset. Itaque hoc significat, si victuri cautum sit ex conventione, idest, si promissum, quod debetur, et hac nuda promissione, nempe sine fidejussoribus, aut pignoribus, (id enim cautionis verbum significat, *L. sancimus, C. de verb. signif.*) videri novationem intervenisse, eoque recessum a re judicata, nisi probetur factum id esse non novandi caussa. Cæterum pignoribus datis postea, aut fidejussoribus, nunquam videri recessum quasi facta novatione, et hoc addita ratione: quia tantum absit, ut per fidejussores, aut pignora tollatur, aut infirmetur res judicata, ut hæc potius ad rem judicatam accedant, et eam subesse et manere, aperte declarent. Non enim dubium est fidejussores et pignora accessiones esse principalis obligationis. §. *fidejussores, Inst. de fidejus. L. in omnibus speciebus*
3 *D. de solut.* Hodie post † constitutionem Justiniani hæc disputatio est supervacua, cum etsi alia quævis cautioni debitæ intervenerit, nunquam tamen ne sic quidem videatur facta esse novatio, nisi hoc nominatim actum sit ut novatio fieret, *L. ult. D. de novat.* Interim hoc manebit, quod et ante valuit, et nunc valet, pleniorem cautionem, quæ creditoris caussa comparata sit, ut fidejussoris aut pignorum postea datorum, creditori non nocere, nec quidquam detrahere de præcedenti obligatione, ubi nihil ejusmodi aperte actum est, ut ab ea recederetur. In quo non est quod
4 hæsitemus: etsi hic quædam † occurrant, quæ parum attentis negotium exhibeant. Quod enim dicitur in *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* fidejussoribus et pignoribus creditori admittenti datis, ei satisfieri: non simpliciter dicitur: sed adjicitur, si modo ista data sunt, ut a præcedente aliqua obligatione recederetur, eaque non omni, sed a obligatione pignoris. Nam ut a principali obligatione discedatur, frustra fidejussores dentur aut pignora; cum principali obligatione sublata non possit esse accessionibus locus, *L. in omnibus speciebus. D. de sol. L. cum principalis, D. de regul. jur.* Quod si verum est, non est metuendum, ne pignoribus aut fidejussoribus datis, pro debito satisfactum, eoque modo a priore obligatione recessum videatur. Quod autem vulgo dici solet, (1) cautionem hominis tollere cautionem legis, falsum est. Utuntur argumento *L. ult. C. de pact. conven.* qua cavetur, ut mulier tacitam hypothecam habeat, quæ nominatim de ea sibi non prospexit cautione. Quod ad rem nihil pertinet. Hoc enim exemplo, efficitur ei, qui privata cautione jam sibi satis prospectum habet, supervacuum esse idem amplius propria aliqua lege dare, aut confirmare: cum quod conventione sua cautum habet, id ipsum et jure publico cautum et constitutum habet, quod jus tuetur pactiones, ac ne fieri quidem potest, ut hypotheca ei detur, qui eam jam habet. At si quis quid (2) jam a lege habet, qualis est executio judicati: nemo dicet, eum beneficium legis ideo amittere, quia diligentius de eadem re sibi caverit. Jus enim vigilantibus scriptum est. *L. penult. in fin. D. quæ in fraud. cred.* ac non incommode ita dicetur, cautionem nostram impedire posse id, quod non nisi subsidio nobis dabatur; illud autem, quod ante habuerimus, nullo modo tollere, sed potius confirmare.

Ait, *idem † observandum est in eo, cujus procurator condemnatus est*) Hoc dicit : 5
Quemadmodum cum dominus ipse condemnatus est, si cavit de re judicata, aut fidejussores in rem judicatam dedit, manet nihilominus actio judicati, qua ipse tenetur, ut ante: sic manebit, qualis fuerat, etiam tunc cum procurator condemnatus est, quamvis ipse de ea pecunia caverit aut nuda promissione, aut fidejussoribus datis. Unde intelligitur procuratorem nova stipulatione obstrictum sic teneri jam suo nomine, ut nihilominus judicati actio in dominum detur secundum ea, quæ initio hujus capitis diximus.

(1) Idem axioma impugnat Cujac. 24. *Obs.* 26. *per L.* 9. *d. ann. leg.* ubi ei cui pignore speciali in testamento prospectum est, non minus constituitur pignus prætorium ex missione in possess. rerum hereditariarum. De his regulis Provisio hominis tollit provisionem legis, et contra Provisio legis etc. ut obtineant, fusius Jac. Schult. *addit ad Modest. Pist. P.* 1. *Q.* 48. *n.* 4. et seq.

(2) Cujac. *d. C.* 26. Si plenior cautio legitima, non mens mea est, ut eam mihi auferam, munuscula mea nec alius mihi auferre poterit. Et in *d. L. ult. Cod. de pact. convent.* non concurrunt hypotheca tacita et expressa, quia tacitæ ita demum locus, si nulla sit expressa.

Ad §. *Si quis condemnatus.*

Si quis condemnatus sit, ut intra certos dies solvat: unde ei tempus judicati actionis computemus? utrum ex quo sententia prolata est? an vero ex eo, ex quo dies statutus præterit? Sed si quidem minorem diem statuerit judex tempore legitimo: repleatur ex lege, quod sententiæ judicis deest. Sin autem ampliorem numerum dierum in sua definitione judex amplexus est, computabitur reo et legitimum tempus, et quod supra id judex præstitit.

SUMMARIA.

1. *Tempus judicati legitimo longius a judice præstitutum reo ad solvendum ratum esse debet, non ita quod est legitimo brevius; et quæ discriminis ratio.* et n. 2.
3. *Si tamen breviore intervallo constituto ad solvendum judex legitimum tempus adimat nominatim, sententiæ standum erit.*
4. *Ex quo tempore judicati agi possit cur addubitet Ulpianus: verborum interpretatio seqq.* et n. 5.

1 Summa sententiæ est hæc: si judex † sen-
tentia præstituit tempus condemnato ad sol-
vendum, siquidem longius legitimo id ser-
vandum: si brevius, id reo non nocet, quia
nihilominus legitimum sit habiturus. Quod
ait, si longius tempus constitutum sit, id va-
lere; recte (1) dictum, et regulis juris conve-
nienter. Quisquis enim judex est, qui senten-
tiam dixerit, dummodo competens, rei judi-
catæ standum est. *L. 1. C. de re jud. L. cum
prolatis, inf. eod.* Parumque retulerit utrum
caussa aliqua fuerit prorogandi temporis, an
nulla. Nam si judex diem prorogavit sine
caussa creditor appellare debuit, si non fecit,
de se queri debet, ut qui facto suo confirma-
rit judicatum. *L. ult. C. de sen. quæ sine cer.
quan. pro. L. 3. C. quo et qua. jud.* At quod
ait, si † judex minorem diem statuerit, con-
2 demnato non nocere, id vero et supra scri-
ptæ regulæ juris, et priori sententiæ de die
prorogato servando adversari videtur. Cur
enim ratum est, quod judex ampliorem nu-
merum dierum coarctavit? Quia rebus judi-
catis standum est. Stetur igitur et hic, ubi
minorem diem statuit, hac ipsa ratione.
Quod enim dicitur rebus judicatis standum
esse, non tunc solum locum habet, cum ju-
dex pro reo judicavit: sed et tunc, et quidem
maxime, cum reum condemnavit. *d. L. 1.
C. de re jud. et d. L. cum prolatis. infr. eod.*
Ego vero utrobique pariter sententiæ judicis
standum esse fateor. Sed ut contra sententiam,
si longiore tempore ad solvendum dato, con-
demnatus id totum tempus non habeat, quod
sententia ei dedit. Contra hanc fieri nego, si
minore constituto die, condemnatus etiam
legitimum retinet: quoniam judex aliquod
tempus sententia sua dando, non ideo legi-
timum condemnato adimet. Itaque reus ex
sententia quidem judicis ampliorem diem
non habebit: at habebit ex lege, cujus bene-
ficium integrum esse necesse est, postquam
judex nominatim reum ea lege uti non ve-
tuit. Quid ergo, si † judex legitimum tempus 3
nominatim reo adimeret hoc modo: con-
demno Lucium Titium, ut intra viginti dies

(1) Recte. Confer. Duar. ad *d. L.* 4. §. 5. Ubi ait non definiri *d.* §. 5. quod sit potestas judici tempus prorogare (intellige quod juste faciat, nec appellari possit,) sed si fecerit et sententia habeat auctoritatem rei judicatæ, quomodo id accipiendum; an si dederit sex menses, sint hi omnes intelligendi ultra quatuor a jure datos, an duo solum. Plane extensionem facilius concedi quam arctationem convincit *d. L.* 2. *h. t.* Vid. Coler. *P.* 3. *C.* 6. *n.* 9. *et* 10. Quomodo judex possit ex caussa arctare dilationes legales, post plures *Cæs. Contrad. in L. diffamari C.* 1. *n.* 40. *Bær. decis.* 45. *n.* 7. Enimvero *Ant. Fab.* 12. *Coni.* 17. *et d.* §. 5. totam ad *d. L.* 2. *vers. sed perrare* Triboniano adscribit. Quam vere ipse viderit.

decem, quæ petita sunt, solvat, præcisa ei omni alia dilatione? Consequens est superiobus huic sententiæ standum esse, et si post tempus supra scriptum creditore judicati agente reus exceptione legitimi temporis utatur, creditorem adversus exceptionem replicatione tuendum esse, si dicat non recte legitimum tempus postulari, postquam hac sententia judicis ademptum est. Ergo hic non negat Ulpianus judicem sententia sua tempus judicati arctare posse (est enim ejus, arctare, cujus et prorogare. *L. ejus, D. de reg. jur.* ne quis forte hic opponat. *L. 2. sup. eod*) sed innuit eum non arctare tempus legitimo, qui minorem diem sententia complectitur. Et recte: is enim arctare tempus dicendus est, qui ita minorem diem constituit, ut vetet rem longius differri, aut verbis dum sententia id cavet; aut re ipsa cum post diem statutum magistratus statim sententiam
2 exsequitur. Verba hic † interpretanda sunt. Ait, *Unde ei tempus judicati, actionis computamus?* Tempus judicati vocat tempus, ex quo judicati agi potest. Hoc igitur quærit, ex quo tempore adversus condemnatum judicati agi potest?

Ait. *Utrum ex quo sententia prolata est.*) De eo aperte et nominatim nihil respondet. Sed satis declarat per contrarium, nunquam agi posse statim, ex quo sententia lata est: cum ita deinceps statuit, semper tempus sententia judicis constitutum servandum esse condemnato: si quidem amplius est legitimo totum esse servandum: si minus, id ita servandum, ut etiam quod legitimo deest, accedat. Sed cur tempore ad solvendum sententia constituto quærit Ulpianus, an possit judicati agi ex quo sententia prolata est: cum si dies non frustra adjecti sunt, ii servandi sint sine dubio propter auctoritatem rei judicatæ: sin frustra, necesse sit, quasi de tempore nihil cautum esset, continuo locum habere tempus legitimum? Nimirum potuit dubitari, an tempus, quod minus aut majus legitimo constitutum esset inutiliter adjiceretur, necne: et si adjiceretur inutiliter, an res sic haberetur, quasi nullum tempus competeret, ne legitimum quidem. Sed in promptu responsio est, et si frustra adjiceret in sententia tempus: tamen legitimum salvum futurum. Hoc enim contingeret, si dies in sententia nullus adjectus esset, quod ipsum nunc accidere diceremus, si faleremur frustra adjici. Et cur tantum inutiliter adjiceretur, nisi quia legitimum non liceret mutare, sed id manere oporteret?

Ait, *An vero ex quo dies statutus præteriit?*) Statutum sic † accipe, aut sententia judiciis 5
statutum aut lege. Nam de utroque tempore respondet Ulpianus, interdum hoc, interdum aliud esse exspectandum: legitimum tunc, cum minor dies sententia judicis præstitutus est: a judice definitum tunc, cum judex ampliorem legitimo diem statuit.

Ad §. *Condemnatum.*

Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus sit, ut sententia valeat. Cæterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit: dicendum est condemnationis verbum non tenere.

SUMMARIA.

1. *Quis vere et jure condemnatus sit, ex remotione caussarum æstimari quæ sententiam judicis infirmant.*
2. *Illas ad quatuor genere posse revocari, et quæ.*
3. *Obiter de singulis.*
4. *An si sententia ex aliqua superiorum caussarum nulla esse, dubitetur, ejus executio differenda sit donec judex eo cognoscat; et quæ tenenda distinctio.*

Jubet Prætor condemnatum pecuniam solvere, et in eum eo nomine dari judicati actionem. Docet Ulpianus, quis sit condemnatus et quis solvere videatur. Dixi ad *L.* 1. *sup.* condemnare esse, jubere, ut reus præstet, quod ab eo petitur. Et hoc quidem est in verbi
1 significatione. Illud † in jure est, quod hic monet Ulpianus, ut qui ita jubetur, ut dixi, rite et uti jus præscribit, jubeatur, ut condemnatio videlicet, et sententia valeat, alioqui nec condemnatus reus videatur. Nempe quod jure factum non est, pro eo habendum est, quasi factum non esset, *L. non dubium, C. de legib.* Qui vitiose cavit, non cavit. *L. quoties, D. qui satisd. cog.* Qui tutores testamento jure dati non sunt, nec dati videntur. *L.* 3. *D. de test. tut.* Non statuit judex, quod statutum non tenet. *L.* 1. §. *ultim. D. quod quis jur.* Ita plane non est condemnatio, ubi condemnatio sive sententia non valet. Ergo hoc cum accidit, judicati agi non potest. Quapropter pertinet ad omnem judicati actionem, et executionem, tenere, quæ sententia valeat: de quo hic dicam summatim, quantum locus postulat. (1) Certæ † caussæ 2
sunt, propter quas sententia non valet. Has

(1) Plura de Nullitate ejusque processu pete ex Vant. *Tr. de Nullit. Process. et sent.* Lancell. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil. v. sentent.* (ubi casus 63. quib. sententia nulla refert) Vestr. *Lib.* 8. *Pr. aulæ Rom. C.* 1. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 96. Coler. *de Process. exsec. P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 60. *etc.* ac passim Menoch. *adip. poss. Remed.* 4. *n.* 879. *et seqq.* Zang. *de Except. P.* 3. *Cap. ult. n.* 62. *usque ad n.* 77. *et deinde n.* 115. *et seqq.* P. Frid. *Lib.* 3. *de Continent. causs. Cap.* 11. *n.* 23. *et seqq.* Bellon. 3. *Supput.* 18. Knich. *de Sax. non prov. jure v. litis provoc. nescium Cap.* 1. Rulant. de *Commissar. P.* 1. *Lib.* 6. *C.* 5. *et P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 17. *et P.* 4. *Lib.* 8. *Cap.* 15. *et seq.* Mynsing. 1. *Obs.* 20. *et* 27. *et* 4. *Obs.* 62. *et* 2. *seqq. et* 5. *Obs.* 91. *et seqq. et* 6. *Obs.* 4. Gail. 1. *Obs.* 127. *et* 135. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 33. *et seqq.* Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 231. Anton. de Gamma *Decis.* 237. Meichsn. *Tom.* 1. *Lib.* 1. *Decis. cam.* 28. *n.* 42. *et seqq. et Tomo* 2. *Lib.* 2. *Decis.* 1. *n.* 62. *et seqq. et Tom.* 3. *Decis.* 20. *n.* 57. *et seqq.* Curt. Senior. *Cons.* 65. *n.* 19. Vult. *Cons. Marp.* 22. *n.* 56. *et* 85. *et seqq. vol.* 3. Nullitatem vero allegare nequit qui ei caussam præbuit per *L.* 1. §. 8. *de inspic. ventre.* Cravetta *Quæst. de indemnit. mulier post. Tr. de antic. temp. n.* 33. Et nulla sententia ex consensu partium valet in vim pacti, Wurmser. *Tit.* 22. *Obs.* 6. Vant. *de Nullitatib. tit. ult. n.* 18. *et seq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de sentent. Resol.* 1. declarans, modo materia apta sit, de qua partibus disponere licet. Ususque servat, ut quæstio nullitatis cum appellatione cumulari possit Wes. *Cons.* 1. *n.* 26. (Apud suos nec de nullitate queri nisi appellationis ope licere Ant. Fab. *Cod. suo tit. de re jud. def. ult. et tit. de temp. app. def.* 13. De appellatione a sententia nulla, ejusque effectu non suspensivo, aut devolutivo Blarer. *in L. diffam. Cap.* 10. *n.* 25. *ac seq.* Confer. P. Greg. *Lib.* 2. *de Appell. Cap.* 16. Neque eo jure Sax nisi 31. ann. et 6. hebdomatibus tollitur. vid. *allegatos a Schult. Q. Pract.* 20. *n.* 41. Etsi autem sententia nulla ipso jure ex iisdem tamen actis judicari potest, cum utile per inutile non vitietur Alb. Galeot. *Margaritæ aureæ Cap.* 26. *n.* 18. Et ita alia est nullitas totius processus, ubi omnia acta vitiosa, alia sententiæ. Vid, Afflict.

si tenebimus, eadem opera, et quæ sententiæ non valeant, et contra quæ valeant, intelligemus. Omnis sententia ob id inutilis, est, vel quia non sit is judex, cujus de ea re jurisdictio fuerit: vel quia non judicarit vel quia judica-
3 rit juste; vel quia non rite. † Quem judicem esse oporteat, et superius dictum est Libro decimoseptimo, et nonnihil dicetur ad legem sequentem. Sententia, quasi judicatum non sit, non valet tribus de caussis: si lata sit caussa non cognita: *L. ex stipulatione, C. de senten. et interl. L. judices, C. de jud.* (non est enim judicatum appellandum, ubi non cognoris, quamobrem ita aut ita pronunceis, et quod facis, judicio non facias) deinde si lis finita non sit: quod ideo sit, quia sententia non contineat condemnationem, aut absolutionem. *L. 1. supra eod. L. 4. C. de sent. et interloc.* tum si lata sit sententia sine certa quantitate. *L. in sententiis*, 59. *infra eod. tit. C. de sent. quæ sine certa quantitate prof.* Sententia injusta non omnis nullius momenti est; sed ita, si quid intervenerit eorum, quæ complexus sum omnia diligentius ad *L. Divus*, 33. *infr. eod.* Etiam ritus in sententia ferenda certus constitutus est: de quo item supra suo loco diximus. Is consistit in his rebus, adversus quas si fiat, ideo sententia non tenet: primum ut sententia feratur præsentibus iis inter quos agitur, aut certe his antea legitimis edictis evocatis. *L. de unoquoque*, 47. *inf. eod. L. ea quæ, C. quo. et quan. jud.* tum ut die feriato, ne judicetur in invitos. *L. 1. §. quod si, D. de feriis, L. 4. quo. et quan. jud.* præterea ut judex judecet publice et officio præsente ac more majorum. *L. cum sententiam, C. de sent. et interloc.* postremo ut sententiam recitet ex scripto. *Tit. C. de sent. ex peric. rec.* Quæ omnia supra edicto breviter compre-
hendi. Quæsitum † est, si adversus actionem 4
judicati sententia una aliqua ex his caussis nullius momenti esse dicatur, nec de ea re constet sitne condemnatus audiendus, et executio differenda, donec de ea re judex cognorit. Et recte videntur (2) sentire, qui dicunt, si de re statim liquere possit, condemnatum audiendum. Arg. *L. 3. in pr. D. ut leg. seu fideic. nom.* Veluti si dicat sententiam latam esse sine certa quantitate: continere calculi errorem: latam contra constitutiones, quæ omnia sunt ejusmodi, ut certa fiant continuo inspectis verbis testamenti. Contra, rem differri non oportere, sed condemnatum statim solvere cogendum, si id quod dicitur, longiorem cognitionem desideret: cujus generis est, judicem pecunia esse corruptum; instrumenta falsa esse, ex quibus judicatum est, quod his satis declaratur, *L. ult. C. de ord. cognit. L. 2. in C. ad L. Cor. de fal. L. ille a quo, §. 1. D. ad Treb.* Et sane periniquum est, esse in potestate condemnati per speciem cujuslibet defensionis rei jam finitæ calumniose moram afferre. Quod tamen condemnatus ex hac caussa solverit, nihil prohibet quominus postea aut tanquam iodebitum, aut tanquam quod sine caussa babeatur, condicat, *L. si cum nulla*, 58. *inf. eod.*

Decis. 28. *et ibi.* Cæs. Ursill. Pro justitia et solemnitate sententiæ quæ et quando sit præsumptio. vid. Cravetta de *Antiq. temp. Part.* 2. §. 1. Vasq 1. *Ill. Contr.* 39. Hartm. *Tit.* 18. *Obs.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de Sentent. Resol.* 4.

(2) Vid. Gœd. *in Clem. un. de sequestr. n.* 7. *et seqq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. sentent. Resol.* 3. *n.* 10. *et seqq. et tit. de Exsecut. Resol.* 2. Asin. *Praxi* §. 31. *Limit.* 6. Afflict. *Decis.* 39. *n.* 5. Et quod nullitas non impediat exsecutionem, si per viam principalis petitionis, sed si per exceptionem proponatur, Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 24.

Ad §. *Solvisse.*

Solvisse, accipere debemus non tantum eum, qui solvit: verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quæ ex caussa judicati descendit.

SUMMARIA.

1. *Quis iure solvisse intelligatur.*
2. *Quando scribentis, sententiæ conveniat solutionis verbo reliquas præter numerationem species liberationis contineri.*

Solvere propria est, pecuniam debitam numerare, aut re ipsa præstare, quod debetur. *L. solutam*, 49. *D. de sol.* Quam proprietatem io edicto de re judicata si sequimur is solum judicati actione non tenetur, qui pecuniam numeravit. Ulpianus autem hic
1 admonet † solvisse eum intelligi in hoc edicto debere, ac proinde judicati non teneri, non tantum qui solvit (quod valet non tantum qui proprie solvit, idest, qui pecuniam numeravit) sed omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quæ ex caussa judicati descendit, puta novatione, acceptilatione, pacto. Idem de verbo solutionis etc. Paulus scripsit in *L: solutionis*, 54. *D.* de solution. *Solutionis*, inquit, *verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.* Quod ex mente et sententia scribentis ab utroque dictum esse accipiendum est. Revera, et specie aliud est solutio, aliud acceptilatio, aliud novatio, et si quæ sunt aliæ species liberationis. Vim et potestatem si spectes omnia solutionis vim habet, quibus non aliter, debitor liberatur quam solutione. Ut dicendom sit de omnibus jus idem statui debere. *L. illud, D. ad leg. aquil. L. non possunt et L. seq. D. de legib.* Itaque superior solutionis definitio non est illi absimilis, cum dicimus hoc verbum, *si quis*, tam masculus, quam fœminas continere, *L. verbum hoc, D. de verb. sign.* Neque enim continet, si quis genus et propriam verbi significationem consideret, utpote qnod genere, et figura masculus tantum conveniat. Sed est hic mos et sententia loquentium, ut sub excellentioris sexus appellatione compendio orationis uterque sexus intelligatur. *L. si ita scriptum*, 45. *D. de leg.* Sane tunc † necesse est, eoque et senteotiæ scribentis convenit, solutionis verbo cæteras liberationis species accipi, cum lex aut edictum solventi aliquid ita tribuit, ut solutionis tantum verbo utatur, ut in hoc edicto factum est: *condemnatus, ut pecuniam solvat. Si non solvet*, ait Prætor. Ad quod edictum et superius illud Pauli de solutionis verbo scriptum esse inscriptio *d. L. solutiones*, *D. de sol.* indicat. Id enim fragmentum sumptum est ex Libro Pauli 56. *ad edictum;* quo libro disseruit Paulus de confessis, ut apparet ex inscriptione. *L. 1. D. de confes.* Eodem autem edicto et de judicatis et de confessis Prætor cavit. Quod si eodem locus solutionis et satisfactionis verba coniuncta sint: neque necesse est, neque adeo est ex scribentis sententia solutionis verbo acceptilationem, novationem, aut similes liberationes subiicere: cum hæ satis significentur verbo satisfactionis, quod consulto ideo tantom additum est, ut illo significarentur. Et hoc est, quod Marcianus in *d. L. solutam*, 49. *D. de solut.* ad formulam hypothecariam scribens, ut inscriptio declaratur, idest, de hypotheca disserens, et in cætera de ejus liberatione, ut verba ostendunt, ait, *si acceptum latum sit, ad liberationem hypothecæ non perficere quidem verbum solutionis, sed satisdationis sufficere.* Nempe quia de liberando pignore ita edictum conceptum erat, ut placeret pignus solvi, aut eo nomine competere pignoraticiam actionem, si aut pecunia soluta esset, aut eo nomine esset satisfactum. *L. si rem. §. omnis D. de pign. act. L. Item D. quibus modis pign. vel hypoth. sol.*

Ad §. *Celsus* ult.

Celsus scribit, si noxali condemnatus, eum servum, in quo ususfructus alienus est, noxæ dedisti: posse tecum adhuc agi judicati. Sed si ususfructus interierit, liberari ait.

SUMMARIA.

1. *Specie h. §. servi videlicet noxæ dediti, et a fructuario avocati ostendit Ulpianus neminem solvere videri qui pecuniam numeret aut rem prestet, quæ possit jure avocari.*
2. *In specie hic ab Ulpiano proposita animadverti posse I servum noxæ deditum avocari posse a fructuario exponitur* L. locum §. pen. D. de usufr.
3. II. *Manere adversus eum, qui condemnatus fructuarium noxæ dedit, judicati actionem.*

1 Dominus † ex noxa, et maleficio servi conventus, eo nomine condemnatus est, liberum ei est, ut evitet litis æstimationem, servum noxæ dedere. *L.* 1. *D. de nox. act. tit. Inst. eod.* hunc dedere solvere est, *L. miles*, 6. §. 1. *infr. eod.* Si in hoc servo ususfructus sit alterius, Celsus scripsit, adhuc cum domino judicati agi posse nisi ususfructus finitus erit, *L. si hominem* 69. *D. de solution.* significans eum, qui ita solvit, non videri solvisse, quod Prætor exigit. Cur autem non solvit? quia hunc servum non perfecte fecit accipientis: potest enim a fructuario avocari confessoria actione. Hoc exemplo demonstrare voluit Ulpianus, solutionis verbo neminem pecuniam numerando, aut rem quæ debetur, præstando, solvere videri, si res ita præstetur ut aliquo modo possit jure avocari, quod apertius traditum est, in *L. si rem meam*, 20. *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem*, *D. de solution.* Interim in specie proposita ex sententia Celsi et Ulpiani duo notanda sunt:
2 nempe † et servum de quo hic agitur noxæ deditum a fructuario avocari posse; et cum avocari possit, manere semper adversus eum qui condemnatus eum noxe dedidit, judicati actionem, quorum utrumque est verissimum. Nam quod in *L. locum*, §. *pen. D. de usufr.* scriptum est, denegandam esse in hac specie fructuario persecutionem servi, nisi ei qui noxæ accepit, offerat fructuarius litis æstimationem: non efficit eum servum avocari a fructuario non posse, sed potius avocari posse confirmat. Is enim avocari potest, nec perfecte fit accipientis, qui aliquo modo potest avocari vel oblata saltem litis æstimatione. Nam si perfecto accipientis fieret: quamvis duplum fructuarius offerret, non tamen posset servus qui semel accipientis esset, invito auferri. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. jur. L. non est, C. de resc. vend.* Quanquam etiam in proposito recte defenditur, fructuarium in ejus servi, de quo agimus, persecutione non semper litis æstimationem offerre debere, ut servum consequatur. Tunc offerre eum debere intelligendum est, cum aut ipse fatetur servum noxam nocuisse, aut is qui servum noxæ accepit, id probat: quod si et neget fructuarius, et is cum quo agitur, non possit adversus fructuarium probare: sine dubio fructuarius servum, quamvis nulla oblata litis æstimatione, recipiet. Non enim debet res adversus proprietarium judicata fructuario nocere, *L. sæpe, pen. infr. eod.* Porro, ut nihil hic dici posset amplius: tamen vel unus hic metus satis est, ut dici possit etiam nulla litis æstimatione a fructuario ublata servum ab eo avocari posse. Quod autem † ad ju- 3
dicati actionem attinet, quam hic adversus eum, qui servum fructuarium noxæ dedidit, competere dicimus: quam recte dicatur, perspicuum est. Is enim noxæ dedidit, qui prius noxæ nomine condemnatus erat, eoque et judicati actione jam ante deditionem tenebatur. Necesse est manere hanc actionem, si non erit sublata, neque vero tollitur, si condemnatus creditori, ut oportet, non solvit, quod hic accidit. Quod si mihi proponas eum, qui noxæ nomine conventus ante sententiam servum fructuarium noxæ dediderit, atque ita consecutus sit, ut absolvetur: perabsurdum est, existimare adversus hunc post noxæ deditionem judicati actionem esse, adversus quem ante nunquam judicati actio nata est: ac nec nasci potuit, ut qui non sit condemnatus. Id vero tantum abest, ut negemus hoc loco, ut maxime superiore sententia confirmemus. Quare quod in hac posteriore specie adversus eum, qui

servum fructuarium dediderat, non judicati, quæ hic esse non potest, sed de (1) dolo actionem dari legimus in *L. si quis affirmaverit*, 9. §. *et si servum*. *D. de dolo*, neque mirum videri debet, neque eum hoc loco non optime convenire putandum est.

(1) Ita et conciliant Duar. ad *L.* 4. §. *ult. h. t. ac.* Pac. *et* Ant. Fab. Vid. *not. supr. Lib.* 15. *Civil. Comment. C.* 41, *N.* 25.

Ad L. *Ait prætor*. 5.

Idem *libro* 59. *ad Edictum*.

Ait prætor, *Cujus de ea re jurisdictio est*. Melius scripsisset, *cujus de ea re notio est* Etenim notionis nomen ad eos pertinet, qui jurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia caussa notionem.

SUMMARIA.

1. *Rem judicatam esse tum demum. cum fuerit a competente judice judicata: et quis sit judex competens*, et n. 5.
2. *Notantur ab Ulpiano in h. L. illa edicti verba:* cujus de ea re jurisdictio est, *et quare* et n. 4. *Ulpiano potius illa probantur*, cujus de ea re notio est. *ibid.*
3. *Notionis verbum latius patet quam jurisdictio; ideoque exponendæ prætoris sententiæ opportunius* et n. 2. et 4.
5. *Tria desiderari ut quis sit competens judex, et quæ illa.*

AIT Prætor, *Cujus de ea jurisdictio est.*) Hæc verba quibus cohæserint in edicto, sic conjectura assequi possumus. Constat † ex
1 sententia judicis actionem esse judicati. *L. miles. seq.* §. *ultim.* Hanc sub conditione dari, si res judicata erit, dubium esse non potest, alioqui non diceretur actio judicati: ac frustra etiam hic quæreretur, quid sit res judicata: quid sit in *L. infr.* 5. Tum vero nihil profuerit rem esse judicatam, si non sit a competente, et suo judice judicata. *Tit. C. si a non competente judice fuerit judic.* Est autem competens judex is, cujus de re controversa est jurisdictio. Ex quibus jam colligere possumus in edicto scriptum fuisse ad hunc modum: *Si res, de qua agitur, ab eo, cujus de ea re jurisdictio est, judicata esse dicetur*, et quæ sequuntur: in quæ verba supra edictum a me initio conceptum est. Hanc igitur partem edicti hoc loco attingit Ulpianus, quæ est de judice competente. In qua nihil aliud † notat, nisi
2 hoc, (1) melius scripturum fuisse Prætorem, *cujus de ea re notio est:* hac ratione quod notionis verbum sit generale pertinens, non solum ad eos qui jurisdictionem habent, sed ad eos etiam, qui habent de quavis alia caussa notionem. De quavis alia caussa, sic accipe, quam ea, de qua nunc agitur, et in qua forte res judicatur ab iis, quorum est jurisdictio. Hoc de notionis verbo an vere dicat Ulpianus, et eo concesso an ideo recte colligat, Prætorem melius usurum fuisse verbo notionis, quam jurisdictionis, non aliter statuere possumus, quam si sciverimus, quid sit jurisdictio: quid notio; qui jurisdictionem habeant; qui notionem tantum. De quibus nihil necesse est inculcare ea, quæ a me de his diligentius exposita sunt Libro XVII. Tantum breviter dicendum est, quod ad hunc locum intelligendum sufficiat. Est igitur jurisdictio, quod illic pluribus exposui, potestas juris dicendi, statuendive pro imperio: idest, ita statuendi, ut quod dixeris efficere possis, ut ratum sit: quod is qui jus dixit assequitur iis remediis, quæ jus dicenti tributa sunt adversus nec obedientes cives, quibus prout res quæ-

(1) Convenit Baro *Lib. Var. QQ. de Jurisd. fol.* 40. Melius, ait, id est, magis proprie. Licet edictum defendi possit juris interpretationa, quia qui jubet judicare, ipse jus dicere intelligitur, et ita qui condemnatus a pedaneo, videtur ab eo cujus est jurisdictio.

quæ exigit, extorquet ab invito parendi vo-
3 luntatem. Notio † autem potestas cognoscendi de re controversia. Nam quæ hic notio appellatur, ea nominatur cognitio, in *L. sæpe. et L. seq. D. de offic. præsid.* Quod si potestas est cognoscendi: est et judicandi: ut sit plena definitio: Notio est potestas de re cognoscendi, judicandique. Sciendum est enim duo hæc, cognoscere, et judicare, ita inter se esse devincta, ut sejungi non possint. Nam nec judicare quisquam potest, nisi caussa prius cognita: *L. judices, C. de jud.* et quisquis de re cognovit, etiam de ea judicare non tantum potest, sed etiam cogitur. *L. de qua re, D. de jud.* Hæc potestas, et sine imperio esse potest, et cum imperio ac potestate exsequendi, quod judicaris, conjuncta: idque est, quod dicitur in *L. notionem, D. de verbor.* significat. *notionem accipere* nos debere, et *cognitionem et jurisdictionem.* Nam quæ notio sine imperio est, notio sive cognitio tantum est: quæ cum imperio, ea est jurisdictio, ut appareat in cognoscendo, judicandoque notionem nomen generis esse; jurisdictionem speciei dumtaxat. Iam vero jurisdictionem, idest, noscendi judicandique potestatem cum imperio habent magistratus ii, qui constituti sunt, ut populo jus reddant. *L. 2. post originem, D. de orig. jur. L. 1. D. de jud.* his proximi sunt, qui illorum vice funguntur; quibus scilicet ab illis mandata est jurisdictio. *L. solent. D. jurisdict. L. 3. D. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Cognitionem autem nudam, idest, sine imperio, habent judices, qui a supra scriptis personis dati sunt. *L. ult. in prin. et vers. Sed ne quis, C. ubi et apud quem cognit. in int. rest. ag. sit.* Atque horum utrumque ex eo intelligi potest, quod illi, (magistratos dico) et qui mandatam jurisdictionem habent, sententiam et suam et judicum a se datorum exsequi possunt: hi non possunt. *L. a Divo, 15. infra, eod.* Hæc cum ita sint, hoc sentit Ulpianus: si *notionem* dixisset Prætor intelligeretur polliceri judicati actionem non tantum ex eorum judicum sententiis, qui jurisdictionem habent; sed etiam eorum, qui habent notionem tantum, sine jurisdictione, nam utrumque genus *notionis* verbum contineret. Nunc autem ille jurisdictionis verbo usus est: quod verbum ad magistratus, et eos, qui sententias suas exsequi possunt, tantum pertinet: quasi judicum datorum sententiæ non valeant, aut minus pariant judicati actionem, quam superiorum, quod falsum est. *d. L. a Divo.* Melius ergo dixisset, *cujus de ea re notio est,* ut hoc verbo superiores omnes, tanquam idoneos judices, aperte complecteretur.

Interim sciamus non male Prætorem dixisse, *cujus de ea re jurisdictio est,* hisque verbis etiam contineri judices datos. Re enim a judice dato judicata, perinde hoc habendum est, quasi judicata esset ab eo, qui eum judicem dedit. Videtur enim magistratus judicavisse per judicem, cujus fidem et prudentiam elegit. Veruntamen hoc obscurius est: quia ratiocinatione colligitur. Idcirco observandum est † Ulpianum non dicere, male scripsisse Prætorem, *cujus de ea re jurisdictio est:* sed melius scripturum fuisse, *cujus de ea re notio est.* Ideo haud dubie, quia notionis verbum ad rem explicandum est apertius. Itaque in sententia, et mente Prætoris nihil reprehendit Ulpianus: ut quam in utroque verbo eandem esse tacite fatetur: tantum in verbis edicti ad eam sententiam declarandam majorem expressionem desiderat. 4

Cognita Ulpiani sententia, hoc etiam relinquitur, in verbis edicti, ut quæratur, quis † sit is, cujus de re, de qua agitur, jurisdictio sive notio est. Et constat eum esse, qui in rescriptis Imperatorum, competens judex, idest, idoneus dicitur. Tit. *C. si a non comp. jud. esse dica.* Sed hoc quæritur, amplius, quibus in rebus positum sit, ut sit talis judex, quem dicimus. Et quod hoc loco summatim ac velut per indicem dicendum sit post tam multa, quæ ut pro instituto, de hoc genere superioribus libris disseruimus: cum quæritur, an sit competens judex, tria in summa consideranda sunt, quibus hæc potestas continetur. Primum an sit judex, qui judicat, quod ita fit, si aut erit magistratus, qui jurisdicundo præest: *L. 1. D. de jud.* aut is cui ab eo mandata sit jurisdictio: *L. solet, D. de jurisdiction.* aut certe ab istis judex datus sit. Possunt enim illi judicem dare: *L. cum Prætor, §. 1. D. de jud.* ac multo magis Princeps, ut qoi ab his rite datus sit, is non minus sit idoneus judex: *L. penultim.* quod si quis aut privatus sumptum sit, quamvis ex compromisso, aut etiam a judice dato datus sit, is non est judex, nec quod dixit, rei judicatæ habet auctoritatem. *L. a judice, C. de jud. L. 3. C. de jurisdict. omn. jud.* Datum tamen superioribus sic judicem esse intelligemus, si sit eo ætate, qua possit judicare, quæ in judicibus datis certa est: in judicibus datis certa est: in magistratu nulla; quoniam hunc Princeps dat. De quo dixi ad *L. quæsitum, 60. infr. eod.* Secundum considerandum, an inter eos judicaverit, in quos jurisdictionem habet: idest, qui ejus territorio sunt subjecti. Nam extra territorium 5

jus dicendi impune non paretur. *L. ult. D. de jurisdict. L.* 1. *in fin. D. quod quisq. jur.* Tertium, an judicaverit intra jurisdictionem suam, idest, de ea re et summa, quæ ejus cognitioni commissa est. Nam nec supra jurisdictionem jus dicenti parere cogimur *dicta L. ultim. de jurisdict.* Ita qui de criminalibus caussis judex constitutus est, si de civili judicavit, nihil egit: ut qui de possessione datus, judicavit de propriatate, *L.* 1. 2. 3. *C. si a non compet. judic.*

Ad §. *Si judex.* ult.

Si judex aliquem sic condemnet, ut quod habet ex testamento, vel codicillis Mævii, restitueret Titio: sic accipiendum est, quasi quantitatem nominaverit, quæ testamento vel codicillis relicta est. Sed et si fideicommissum sine scriptura pronuntiatum est, idem erit probandum.

SUMMARIA.

1. *Nullius momenti esse sententiam quæ non habeat certam condemnationem.*
2. *Certa condemnatio aut verbis exprimitur, aut demonstratione aliqua significatur: exempla.* et n. 3.
4. *Prior §. hujus species, ejusque sensus exponitur.*
5. Pronuntiatum *in fine h. §. quo sensu accipiendum.*

1 Certi juris est † (1) nullius momenti esse sententiam, quæ certæ rei et quantitatis condemnationem non habet, cujusmodi hæ sunt: Omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve: aut, quæ bona fide accepisti, solve, *L. penult. et L. ult. C. de sent. quæ sine cert. quant. prof. L. in sententiis.* 59. §. *ultim. D. h. tit.* Certæ rei, et quantitas condemnatio quomodo hic accipienda sit, declaratur exemplis. cum hoc loco, tum in *d. L. in sententiis, in princip.*
2 Ex quibus hæc definitio † colligitur, non tantum certam esse condemnationem, cum judex in condemnatione quantitatem certam exprimit verbis, in quam reum nominatim damnet: sed etiam tunc, (2) cum certa quantitas alicubi expressa est, et jubet judex reum id præstare, quod eo loco continetur: ut sciamus nihil interesse, utrum rem aliquam demonstres, an locum, in quo ea res delitescit. Exempla † hæc sunt: si 3
actor certam quantitatem petiit, et judex jubeat reum solvere, quod petitum est: quod exemplum est *L. in sententiis:* aut si quid certi relictum sit testamento aut codicillis, et judex reum a quo id relictum est, sic condemnet, ut jubeat eum quod ex eo testamento aut codicillis habet, restituere:

(1) Vid. Mathesil. *ad dict. Tit. Cod.* Corset. *Sing.* 305. Raln. Corse. 1. *indag.* 7. Vant. *Tit. de nullit. sent. ex defect. process. n.* 101. *et* 5. *seqq.* Wurmser. *T.* 22. *Obs.* 2. Stiatic. *Obs. C.* 23. Sarmient. 1. *Select. Interpr.* 13. Ant. Massa Gales. *de Judic. bonæ fid. n.* 20. P. Barbosa *ad tit. D. Sol. matr. P.* 3. *Rubric. n.* 44. et seqq. Sneidvin. in §. *curare* 32. *I. de act. n.* 22. et seqq. Turamin. *Epist. forensi* 36. Sixtin. *Vol.* 1. *Cons. Marp.* 11. *n.* 56. *et seqq.* Coram mercatoribus valere petitionem et sententiam incertam *Decis. Rotæ Genuæ de Mercatura* 21. *n.* 26.

(2) Sententia enim declarationem ex actis recipit, vid. Mathesilan. *Sing.* 141. Petr. Barbosa *d. Parte* 3. *Rubricæ n.* 47. sic distinguit: Aut in sententia judex se refert ad certam partem actorum, et valet illa, atque exinde recipit certitudinem, sive ea pars contineat probationem, scilicet solam partis assertionem in libello per *L.* 5. §. *hoc tit.* Aut non; et tunc si in actis plenæ probationes, ad eas videtur tacite habita relatio. Sin secus, non valet sententia, nec recipit certitudinem ex libello certam quantitatem exprimente, qui jus vetat ex assertione partis sententiam ferri. Ergo ad eam judex se retulisse non creditur. Ibid. *n.* 48. nunquam sententiam a libello recidere interpretationem, nisi ad eum expressa habita sit relatio. Huc spectat Brocardicum vulgare: Relatum inest referenti cum omnibus qualitatibus, nec refert an res exprimatur nominatim aut per relationem ad aliud. De quo vid. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 7. *n.* 183. *et seqq.* Hartman. Pist. *L.* 3. *Q.* 29. Jac. Schult. *Obs. forensi* 2. *n.* 4. *et seqq.*

quod est hujus loci exemplum. Quo in
4 exemplo posteriori † observetur, non hoc Ulpianum dicere, valere ejusmodi sententiam, si nihil amplius adjectum sit, quam quod superius posui, et ipse hoc loco proponit: sed hoc dicere, sic eam sententiam accipiendam esse, quasi judex certam quantitatem nominaverit, quæ testamento vel codicillis relicta est. Sane vero certam quantitatem hæc sententia continet: et si nihil aliud hic quæritur, quam certa quantitas; nihil deest ad vim sententiæ. Sed si hoc quæritur simpliciter, an hæc sententia valeat: non dubium est, quin non valeat, utpote quæ incertam habeat condemnationem. Non enim si quid Titio relictum est, ideo consequens est, id Titium accepisse: nec quicquam apparet ex his verbis, quid aut quantum potet judex Titium habere. Quapropter eadem semper incertitudo relinquitur. Sed hoc nihil obstat Ulpiano, qui non hoc tractat, an valeat hæc sententia, sed an certam exprimat quantitatem.

Ait, *Sed etsi fideicommissum sine scriptura † pronunciatum est,*) Pronunciatum, nuncupatum verbis. Testamenta, itemque codicilli et scripto fiunt, et sine scriptura, *L. ult. in pr. C. de bon. libert.* In his posterioribus dicitur voluntas nuncupari, *§. ult. Inst. de testam. ord. L. hac consultissima. §. per nuncupationem, C. de testam.* Nuncupare est, verbis et lingua enunciare, quod sentias. Id pronunciare hoc loco dicitur. 5

Ad L. *Miles.* 6.

Idem *libro LXVI. ad Edictum.*

Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus: eatenus quatenus facere potest, cogitur solvere.

DE specie hujus loci dicetur opportunius ad *L. sunt, qui,* 16. *et L. item miles* 18. *infr. eodem.*

Ad §. 1. Decem aut noxæ.

Decem, aut noxæ dedere condemnatus, judicati mihi in decem tenetur. Facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit. At is, qui stipulatus est decem, aut noxæ dedere, non potest decem petere: quia in stipulationem singula per se veniunt: eaque singula separatim stipulari possumus. At judicium solius noxæ deditionis nullum est: sed pecuniariam condemnationem sequitur. Et ideo judicati in decem agitur: his enim solis condemnatur. Noxæ deditio in solutione est quæ a lege tribuitur.

SUMMARIA.

1. *Ab eo qui decem aut noxæ dedere condemnatus est, sola decem judicati actione petere licere.*
2. *Contraria removentur.*
3. *Summa totius disceptationis.*
4. Noxam dedere *quid Ulpiano significet.*

Constat a condemnato hoc exigi ut pecuniam solvat: sic enim præcipitur in *L.* 4. *§. 1. supr. eod.* At quam pecuniam? Nam hoc eo loco omissum est. Et sive de eo cautum fuit edicto, sive non fuit, pecuniam intelligere debemus condemnatione comprehensam. Hoc enim expressum est constitutione Justiniani *L. ult. §. ult. illic, statim pecunias, C. de us. rei jud.* Ergo pecunia, quæ in condemnationem deducta est, petitur. Proinde etiam, uti deducta est. Finge reum condemnatum, ut illud, aut illud solvat, quia ita debebat. Nempe judicati ita agi debebit, ut condemnatio est, *§. huic autem, Instit. de*

1 act. Hic pendet. quod hoc loco † tractat Ulpianus; ipse enim superiorem sententiam de condemnatione res plures continente in omnibus aliis rebus confirmans, speciem unam excipit. de qua hoc loco agit: cum scilicet dominus ex maleficio servi conventus, condemnatus est in decem, aut noxæ dedere, ut judicem condemnationem concipere in noxali judicio oportet, *Tit. de offi. jud. in pr.* Statuit vero ita condemnatum in decem solum judicati teneri, quod hanc significationem habet, decem sola jure ab eo peti posse judicati actione, noxæ autem deditionem, quæ in condemnationem deducta est, licere actori, si velit, non petere. Cui
2 sententiæ cum tria † obstare intelligeret Ulpianus, ea ordine removit, in iisque removendis omnis est ejus disputatio. Primum obstat illud, quod noxæ deditio hic deberi videtur; quod si debetur etiam peti oportet, non secus. quam decem: ut in duabus rebus disiunctim debitis petitio institui jubetur in *d. §. huic autem. Inst. de action.* atque hic deberi noxæ deditionem argumento esse quis dixerit, quod dominus servum noxæ dedendo liberatur: Cur enim liberatur, nisi quia servum noxæ debere illum oportuit? Nam profecto pro eo quod debetur, aliud solvi invito creditore non potest. *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* Hic respondet Ulpianus condemnatum facultatem noxæ dedendæ ex lege accipere significans non ideo noxæ deditionem deberi, quia solvi potest. Hanc enim in solutione esse, non quia debeatur; sed quia eum debeantur decem: tamen decem debenti hoc beneficium tribuatur lege, ut servum noxæ dedendo, idest, aliud pro alio solvendo liberetur: nec dubium est, quin hac potestate a lege accepta aliud pro alio solvere liceat. Quæ res ostendit, noxæ deditionem non deberi: ac deinde eam peti non necesse esse. Opponitur præterea huic sententiæ exemplum stipulationis, qua quis stipulatus est a domino decem, aut servum noxæ dedi. Ex hac enim constat non posse stipulatorem decem sola petere, sed cogi ita agere ut decem aut servum noxæ dedi debere intendat *d. §. huic autem de act.* Quod si ita est: par esse videtur, ut ex condemnatione, in qua eadem disiunctio est, eodem modo utrunque petendum sit. Rursum huic objectioni occurrit ille hoc modo: Indicat stipulationem non esse similem condemnationi; dissimilitudinem hanc esse, quod in hac stipulatione, decem aut servum noxæ dedere, singula per se veniant: per se. idest, principaliter. Argumento esse, quod singula separatim stipulari possimus: idest, decem, sine noxæ deditione; et noxæ deditionem sine decem. Unde intelligi vult, utrumque horum deberi ex stipulatione, et quia debeatur, utrumque petendum esse. At in condemnatione superiore contra, noxæ deditionem in condemnationem non venire, documento esse. quod judicium solius noxæ deditionis nullum sit, sed pecuniariam condemnationem sequatur. Ubi judicium interpretari oportet, judicationem et sententiam: ut sit hæc sententia: judicato et condemnatio solius noxæ deditionis nulla est; sed hæc pecuniariam condemnationem sequitur. Recte, nam judex hoc modo non potest condemnare, condemno Titium ut servum noxæ dedat, aut det decem: sed debet hoc modo, det decem, aut noxæ servum dedat, ut declaratur, *Tit. Inst. de off. jud. in pr.* Quid tum præterea? dicat aliquis. Nempe hoc consequens est, sola decem judicati actione peti posse. Spectare enim oportet quod principaliter sit. non quod per consequentias. eodem Ulpiano, auctore in *L.* 1. *D. de auct. tut.* Restat tertia objectio. Dicat enim quispiam: quamvis noxæ deditio non debeatur, quamvis ne in condemnationem quidem principaliter veniat: attamen saltem in condemnationem venit. Judex enim condemnat reum, ut det decem, aut servum noxæ dedat. Quod si ita est, et edictum de pecunia condemnatione comprehensa actionem judicati constituit, ut quam omnino solvi jubet: *L.* 4. §. 1. *supr.* conficitur superius utrunque vel ex verbis edicti peti oportere. Respondet idem sub finem hoc modo: nihil ad rem pertinere, quod noxæ deditio in condemnationem veniat. Verbis enim hanc quidem continere in sententia: cæterum re vera reum in decem sola damnari, non etiam in noxæ deditionem propterea quod hæc non fuerit debita. sed in solutionne dumtaxat. quæ solutio a lege tribuitur. Quibus verbis hæc significari voluit, sententiam judicis ita esse interpretandam, uti res est, in quam condemnavit. Si fuit debita: judicem in eam condemnando. videri condemnasse, in eam tanquam debitam. Sin debita non fuit: judicem in eam condemnando, magis videri potestatem solvendi reo dedisse. quam imposuisse solvendi necessitatem, quasi verisimile sit, eum judicasse secundum leges.

Summa † hæc erit: cum reus condemnatus est in decem. aut noxæ dedere licet ab eo sola decem petere his de caussis. Primum quod noxæ deditio non debeatur: non sit autem necesse petere, quod non debetur: si modo recte definitur actio, jus quod nobis debeatur judicio persequendi. Deinde quod 3

noxæ deditin principaliter non veniat in condemnationem sed accedat tantum ad condemnatinnem litis æstimationis. Postremo quod ne sententia quidem judicis in condemnationem veniat. Sed videatur fortassis o'iosa esse hæc disputatio. Etsi enim dederimus decem sola recte peti : tamen non plus consequetur actor, ita petendo quam si petierit decem, aut servum noxæ dedi. Semper enim, ut videtur, licebit reo pro ea facultate quam a lege habet, noxæ deditione fungi : ut est vis et potestas noxalium actionum. *L. 1. D. de nox. act.* Hoc vero falsum est. Si actor ita agit, ut petat disiunctim decem, aut noxæ dedi : habebit reus electionem, utrum solvat, ut occidit in omnibus rebus disiunctim debitis. *L. plerunque in fin. D. de jur. dot.* Sin decem sola petet actione judicati, jam non poterit reus servum noxæ dedere. Tamdiu enim quis habet noxæ dedendæ facultatem, quandiu judicati conveniatur, ut scriptum est *L. item veniunt. §. item recte, D. de pet. hered.*

Ait, *facultatem enim noxæ dedenda ex lege accipit.*) Noxæ † dendæ dixit, ut et in *d.* 4
L. item, §. idem. Recte : uterque enim locus Ulpiani est noxæ dedendæ, pro noxæ dedendi, ut appareat non omnino abs re esse, quod est apud Justinianum scriptum sub Titulo, *de noxalibus* actionibus, *noxam* etiam apud veteres significare servum, qui deliquit. His quidem locis hoc sensu ab Ulpiano perspicue usurpatum. Nihil enim enim est aliud noxam dedere, quam servum, qui deliquit, dedere.

Ad §. *Qui judicati.*

Qui judicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione, et vi bonorum raptorum ei tenetur.

SUMMARIA.

1. *Post rem judicatam unam tribui victori actionem judicati, qua judicatum per judicem persequatur.*
2. *Hoc quibus de caussis sit à jure, et quam bene constitutum.*
3. *Judicati actio instar cæterarum actionum edi adversario debet, forma editionis quæ.*

Cum proximo versu sequenti dicitur, judicati actionem perpetuam esse, et rei persecutionem continere : pro certo et indubitato jure hoc sumi apparet, rebus rite judicatis in judicatum judicati actionem esse, judicati nimirum persequendi caussa, quæ qualis sit,
1 postea eo loco exponetur. Sed an † nihil amplius tribuatur victori in condemnatum, quam hæc ipsa judicati actio, ut re jam judicata necesse sit iterum nova actione per judicem pecuniam condemnatione comprehensam persequi, dubitari potest. Quid enim; an nihil amplius consequatur victor post rem judicatum, quam antea? Nam certe et antea actionem habuit. Quorsum ergo attinuit rem secundum eum judicari? Quid, quod post absolutum semel judicium nefas esse putatur litem alteram consurgere ex primæ litis materia? Ut est in *L. terminato; C. de fruct. et lit. exp.* Et huc spectat hoc loco Ulpianus, ut debeat nihil præterea victori tribui post rem judicatam, quam unam judicati actionem, qua judicatam a condemnato per judicem persequatur. Quod enim sibi vult eum, qui judicati bona auctoritate sua distraxerit, furti actione et vi bonorum raptorem teneri, nisi victorem judicati bona auctoritate sua distrahere non posse, non magis, quam alterius cujuslibet nondum judicati? Porro qui hoc facere, et jus sibi in eam rem dicere non potest, huic nihil aliud relinqui intelligitur, quam quod est in *L. ex stat. D. quod met. caus.* ut si quas petitiones habet, actionibus experiatur et quod debetur, per judicem reposcat. Id vero † etiam in 2
re jam judicata recte constitutum est. Primum, si privatus vim facit, periculum est, ne præbeat ea res occasionem majoris tumultus, quamobrem melius est rem per magistratum transigi, *L. non est, D. de regul. jur.* Deinde fieri potest, ut judicatum dicit. Tum autem etiam reus adversus executionem judicati multis exceptionibus uti potest. Quid enim, si dicat, se solidum facere non posse? Parata hic exceptio ex *L. Nesennius. 41. §. ult. infr. eod.* Quid, si dicat non servari modum judicati vel lege vel sententia constitutum? Huic quoque exceptioni ad-

versus exsecutionem locus est. *L. ad exsecutione, C. quor. ap. non rec.* Quid si mandator condemnatus postulet mandari sibi a creditore adversus correum, eundemque mandatorem suum actiones? Ex hic audiendus est *L. si fidejussores,* 41. §. *ult. D. de fidejussorib.* Sed etsi filiusfamilias ex mutui caussa condemnatus utatur exceptione Senatusconsulti Macedoniani, audiendum eum esse scriptum est in *L. tamen si* 11. *D. de senat. Macedon.* De quibus omnibus si erit controversia, nempe necesse est aliquem judicem sumi. Nemo autem in re sua idoneus judex. *L. Julianus, D. de jud.* At enim iniquum est, post rem judicatam nihil amplius victorem consequi, quam ante habuit. Sane vero iniquissimum, siquidem judicati agendo nihil consequeretur amplius. Nunc autem actione (1) res illi prope confecta est. Nam ante vetere actione agens probare debuit, sibi deberi, quod intendit. In judicati actione nihil quæritur, quam an judicatum sit. *L. post rem,* 56. *infr. eod.* atque hoc probatio res statim mandatur exsecutioni: quod ante rem judicatam non fit, *L.* 1. *L.* 2. *C. de exsec. rei jud.* Itaque ne illud quidem incommodum hic verendum est, ne videatur lis ex lite nasci, quoniam actio ex actione constituitur. Nam in actione judicati nulla lis est, si in eo de debito amplius non quæritur; neque enim difficile est, sententiam ex actis publicis probare. Recte igitur, atque utiliter, ut dixi, et post rem judicatam nihil amplius quam actio ex caussa judicati constituta est. Hinc † tractatum est, an et hic 3
edi actio adversario debeat, et adversarius libello conveniri: quoniam ita jus constitutum habemus, ut qua quisque actione agere vult, eam prius edere debet. *L.* 1. *D. de eden. auth. offeratur. C. de lit. contest.* Sed dubitari non debet, quin si hic actio sit, qua reus conveniatur, ea ad jus superius pertineat. Atqui ut cæteræ actiones, sic judicati actio et dari in aliquem a prætore, et denegari dicitur. *L.* 4. *in princ. supra, eod. L. si prætor* 75. §. *ultim. D. de judic.* et passim dicitur reus actione judicati conveniri. *L. item veniunt,* §. *item recte, D. de pet. her. L.* 1. *C. si plur. una sent. cond. sint*, forma editionis et conventionis erit hujsmodi: quia mihi in tantam pecuniam condemnatus es, et judicati tempora præterierunt, volo eam pecuniam mihi solvas: ni solvis, ut judex sententiam exsequatur: et in eam rem diem, dicet actor adversario, quo die a magistratu id petat, et interpetret. Dicitur actio judicati, quia datur judicati persequendi caussa: cujus persecutio in eo est edicto, ut condemnatus aut pecuniam solvat, aut a prætore id facere cogatur. Cogetur autem pignoribus captis et distractis. *L.* 1. *et* 2. *C. de exsec. rei jud.* Unde dicitur judicati actio in condemnatum, et ejus bona exerceri *L.* 1. *C. quan. fac. tut. vel cur. min. ag. vel conven. pos.* Restat, ut cui, in quem, et quandiu hæc detur actio, in summa qualis sit, cognoscatur quod deinceps sequenti §. subiicitur.

(1) Ita et Scip. Gentil. 1. *de Jurisdict.* 9. Tametsi DD. vulgo doceant exsecutionem duobus modis peti et impetrari vel actione judicati quam illi in factum vocant. vid. *not. sup. pr. ad L.* 6. §. *ult. N.* 5. vel judicis officio nobili implorato. Posteriorque hæc via ab iis receptior ac tutior vocatur. Coler. *de Process. Part.* 3. *Cap.* 9. *n.* 7. Asin. *Praxi* §. 31. *Cap.* 2. *n.* 4. Maranta. *P.* 6. *t. de sentent. exsec. n.* 8. Nam illo casu, novo processu, libello, litis contestatione opus esse docent (quod nec Donellus diffiteri videtur *h. L.* 6. §. *pen. n.* 1. et 2.) hoc non item. Sed vid. Gail. *d. Observ.* 113. *n.* 9. *et seq.* Citatio adversarii ut in exsecutione requiratur, vid. Asin. *Praxi* §. 31. *Cap.* 4. Plane monent nostri a judice permitti posse victori, ut rem ipse capiat, aut in possessionem ejus veniat, *per L. dotis. Cod. sol. matr. L. penult. Cod. de pig. act.* Duar. *ad d.* §. *penult.* Asin. *Praxi* §. 31. *Cap.* 2. *Ampliat.* 2.

Ad §. *Judicati* ult.

Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. Item heredi, et in heredem competit.

SUMMARIA.

1. *Actionem judicati heredi et heredem, dari, eamque esse perpetuam.*
2. *Etiamsi ex delicto nascatur, et quare* et n. 3. *ubi et contraria removentur.*
4. *Quando in actione nova posteriore, ex qua agitur, caussa et origo, seu prior actio ex qua nascitur spectanda sit;*
5. *Quando item spectanda posterior.*
6. *Excipitur donationis caussa et quare.*

Judicati actionem in judicatum et condemnatum dari certum est, *L. 4. in princip. et §. 1. supr. eod.* Et cui detur tandem, nisi victori, ei videlicet cui ille condemnatus est, et quicum judicati obligatio est contracta ?
1 *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* Etiam † heredi, et in (1) heredem eam competere, hoc loco Ulpianus scribit: ut intelligamus, heredi victoris dari, et in heredem cuodemnati. Addit, eandem dari perpetuo, earumque rerum hanc rationem esse vult, quod contineat hæc actio rei persecutionem. Nam quæ hanc continent, omnes et heredibus dantur, et in heredes. *L. in honorariis, D. de obl. et act. L. si mulier, §. hæc actio. L. contra; §. si post, D. rer. amot. L. si pro fure, §. condictio. D. de cond. fur.* Etiamne judicati actio tunc rei persecutionem continet, cum quis ex delicto damnatus est, puta furti? Non temere est. cur hoc quæratur. Definitur enim ea actio rei persecutionem continere, quæ id persequitur, quod nobis abest ex patrimonio: *d. L. in honorariis, D. de obl.* satis autem constat ex furto, et similibus delictis non damnari reos in eam pecuniam, quæ nobis ex patrimonio absit. Et cum Ulpianus † rem hic generaliter definiat, nec ulla circumscriptione utatur: cum 2
sit etiam stultum dubitari, an judicati actio tunc rei persecutionem habeat, cum secuta est ea caussa, quæ et ipsa rei persecutionem habuit: perspicuum est, hoc eum sentire, ex (2) quacunque caussa condemnatus quis sit, ut sit maxime ea, quæ rei persecutionem non contineret, tamen eo semel ex ea caussa condemnatu ipsam judicati actionem, quæ inde nascitur, rei persecutionem continere: atque et heredi et in heredem dari. At enim † 3
judicati actio, quæ ex his caussis est, non persequitur, quod nobis abest ex patrimonio. Non ita est. Nam quod ipse idem alibi de actione judicati scribit, est hæc (3). actio ex

(1) Adi omnino Asin. *Praxi* §. 31, *C.* 2. *Ampliat.* 16. qui quando contra heredem aliumve successorem executio fiat vel non, plenius expedit. Num in feudalibus sententia noceat descendenti aliive successuro, vid. Pinel. in *L. 1. C. de bo. mat. P.* 3. *n.* 48. *et seqq.* qui affirmat, ibid. notanter limitat. Q. An sententia lata contra principalem executioni mandetur contra fidejussorem de judicato solvendo, sine novo Processu? Affirmativa communis perhibetur. Roder. Suar. in *L.* 2. *fori t. de Comperendinat. §. sed pone quæstionem* 4. *n.* 6. 1.° quia videtur una condemnatus, ceu persona accessoria 2.° *per L. ult. C. de usur. rei jud.* ubi vocula *statim* significat summariam cognitionem absque ordine judiciario, ut nec requiratur nova sententia. 3.° quia is fidejussor confessus est in judicio se debere illud quod judicabitur, et debitum hoc est liquidum judici ut judici. Ergo *per L.* 2. *C. de exsec. rei jud.* Ita Suarez fuse. add. Sig. Scaccia. *Lib.* 1. *de Judic. C.* 62. *n.* 3. Asin. *d.* §. 31. *C.* 2. *Ampliat.* 22 Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resolut. tit. de Expens. Resol.* 3. Rauchbar. *Part.* 2. *Q.* 7. *n.* 27.

(2) Duar. *ad d. §. ul. Facit L.* 18. §. 1. *vers. proinde, de pec. const.* Etsi alia caussa stipulationis judicio sisti ob actionem injuriarum interposita, quæ ad heredem non transit, *L.* 10. §. 2. *Si quis caut.* vid. Duar. *dict. loc.*

(3) Sed litis contestatione non vere, ast quasi contrahi, docui *supr. Lib.* 12. *Civil. Comment. C.* 14. *N.* 4. Quomodo Scip. Gentil. 1. de *Jurisd.* 9. Actionem hanc partim ex contractu, partim ex lege oriri, vel uno verbo ex quasi contractu, quia consensui litigatorum in rem judicatam judicium accipiendo, eam vim Lex tribuit, ut actionem pariat. Qui tamen consensus ratione rei, qui invitus litem contestatur, non ita liber, ut in vero contra-

contractu, non item ut prima actio, ex delicto: judicio enim contrahitur non aliter, quam stipulatione. *L.* 3. §. *Idem scribit, D. de pecul:* Quod si ex contractu, etiam rei persecutionem continet: omnes enim rei persecutoriæ, quæ sunt ex contractu, paucis exceptis. §. *sequens, Inst. de action.* Eadem res facit, ut quamvis ex ea actione reus condem natus sit, quæ non daretur heredibus, aut in heredes; ut injuriam, et quæ sunt et maleficiis pœnales: §. 1. *Instit. De perpetuit. et temporalib. actionib.* tamen intelligere debeamus, judicati actionem etiam ex hoc genere et heredibus, et in heredes competere: ut in omnibus his, videlicet eodem auctore Ulpiano, *non originem judicii* spectemus, *sed ipsam judicati veluti obligationem.* Sic enim scriptum est in dicta *L.* 3. §. *idem scribit:*

4. Scimus alias, † quibusdam in caussis cum actio nova ex priore constituta est, et ex posteriore agitur, responderi caussam et originem, idest, priorem actionem esse spectandam: ut *L. qui id, quod in princ. D. de donat, L.* 3. *C. ad Senatuscons. Macedonian* Sed quibus in caussis id fiat, et in qua nunc ita faciendum negemus, et quamobrem, considerandum est; ita quam recte utrumque pro varietate caussarum constituatur, facile videbimus. De quo ut certi aliquid in universum statuere possimus, animadvertendum est multum interesse, utrum hoc quæratur in hac specie an posterior actio justa sit, necne: an vero cum constabit utramque et priorem et posteriorem justam esse, in posteriore autem erit aliquid amplius quam in priore: hoc dubitetur, utrum posterioris potestas spectanda et sequenda sit? an non sit. Si hoc quæritur, an posterior actio justa sit: de eo ex caussa et origine æstimandum est, ita caussa et origo in hac re spectanda. Finge filiofamilias aliquid venditum esse. Hæc justa caussa est, ex qua venditori in filiumfamilias actio ex vendito nascatur. Si placuerit, ut filiumfamilias pecuniam, quæ ex ea caussa debebatur, tanquam mutuam retineret: dicemus justam esse et hanc caussam: tametsi mutuam pecuniam filiofamilias dari sit contra Senatusconsultum Maced. Quippe hæc posterior actio ex justa origine nata est. Id vero est, quod respondetur in *d. L.* 3. *C. ad Macedon.* Viceversa, demus caussam injustam, aut nullam: puta filiofamilias mutuam pecuniam datam esse. Si actio ex ea caussa in stipulationem deducta erit: nulla erit actio, ne ex posteriore quidem caussa est, ne fraus Senatusconsulto fiat, ut declarat Ulpianus in *L. item.* 7. *vers.* 2. *D. de senat. Maced.*

5. Quod si hoc † solum dubitetur, utrum posterior actio sequenda sit, quia sit plenior cum alioqui et prior et posterior sit legitima: dicemus jam eam, qua agimus, esse spectandam, etsi sit posterior. Exemplo est hoc loco actio judicati quæ etsi ex actione temporaria, nec ad heredes descendente nata erit: tamen et ipsa perpetua est, (4) et heredi atque in heredem competit. Idque manifesta æquitatis ratione constituitur in omnibus actionibus; nam alioqui posterior actio creditori erit inutilis, atque ita necesse erit, alterutrum evenire, ut aut nihil profuerit eum in actione posteriore quærenda sibi vigilasse, aut eum semel ei quæsita fuerit, eam illi auferri; quorum utrumque a juris et æquitatis rationibus abhorret. Nam et jus vigilantibus scriptum esse scimus: *L. pen. in fin. D. quæ in fraudem creditorum*, et aperte contra jus est, eu quam hominum jus suum detrahi. *L.* 2. *D. de iis qui sunt sui vel alieni juris.*

6. Excipitur † tamen in hoc genere donationis caussa. Nam si is qui donationis caussa quid promisit, idem constituat postea, si agatur, adversus eum ex constituto: placet exerceri in eum potestatem duntaxat ejus actionis, quæ ex donatione nascitur, scilicet ut damnetur tantum in id, quod facere potest. Id quod nimirum illud est, quod constituitur in dicta *L. qui id quod, D. de donat.* Nec injuria in donatione ita placuit. Nam cum ingrati est hominis, totum exturquere ei, quid donavit, et eo magis ingrati, quo liberalius id ipsum ei a donatore cautum, et constitutum est: tum vero, quod præcipue ad reum pertinet,

ctu, tametsi in eo is consentire videatur, quod judicio contendere quam solvere mavult. Reiner. Bacou. *Misc. disp. Cap.* 2. *pag.* 17.

(4) *L.* 7. *h. L. grege.* 13. §. 4. *in fi. de pig. L.* 49. *de solut. L.* 1. *C. de rec. arb. L.* 1. *Cod. quand. ex fac. tut. vel curat.* Directa itaque hæc actio et nominata, non in factum, ut contra Accurs. et alios Joan. Crisp. de Montib. *terminis act. Act.* 159. Duar. ad *L.* 6. §. 2. *h. t.* Coras. ad *L.* 1. *Cod. de jur. et fac. ignor. n.* 12. Vand. 1. *Q.* 23. *et* Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 5, §. 1. *n.* 12. quin mero jure datur ex ipsa lege 12. tabularum Parladoe. *ibid. et* Scip. Gentil. 1. de *Jurisd.* 9. etsi Old. *Cl.* 1. *Act.* 12. *Q.* 1. a Prætore inductam statuat, quia edictum de eo Prætoris, *L.* 4. §. 3. *L.* 5. *pr. h. t.* Sed infirma consecutio. Vid. *not. supr. Lib.* 21. *Civil. Comment. Cap.* 2. *N.* 4. Atque et tempore eodem, quo alii præscribitur, 30. nempe annis non 40. Concenat. *Lib.* 1. *QQ. Jur. Cap.* 6. De hac actione vid. et Sixtin. *Cons. Marp.* 7. *n.* 70. *et seqq. Vol.* 2. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 22. *n.* 20.

nulla fit donatario iniuria, si totum non aufert, quod est constitutum. Nihil enim ideo amittit ille de suo; at si verum est, lucrum non facere: quod in cæteris actionibus, quas diligentia nostra nobis peperimus, et quæ ex onerosa caussa proficiscuntur, secus est.

Ad L. *Intra dies*. 7.

Cajus *lib. ad Edictum prœtoris Urbani de re judicata.*

Intra dies constitutos quamvis judicati agi non possit, tamen multis modis judicatum liberari posse, hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro judicato, non contra judicatum per legem constitutum est.

SUMMARIA.

1. *Condemnatus ad solvendum potest, si velit, et intra certos dies solvere, qui a jure vel judice illi indulgentur.*
2. *Immo potest id facere etiam invito creditore et quare*, et n. seq.
3. *Ratio l. C. Caii hoc loco ab Auctore fuse exposita.*
4. *Auctoris propositum.*

Quod condemnato dies ad solvendum lege constituti sunt, de quibus diximus ad *L. 2. supr. eod.* id efficit, ut † intra eos dies pe-
1 cunia ab eo invito exigi non possit, non etiam, ut si velit per eos dies vel statim solvere, aut aliis modis liberari, quibus tollitur obligatio, non possit id consequi. Sic enim interim cum eo agi non potest, ut nihilominus revera pecuniam debeat, nam si ante rem judicatam debuit, quanto magis condemnatus eandem debere existimandus est. De quo plura ad *L. 2. supra.* Quod si interim pecunia debetur, ejusque pecuniæ obligatio subest; non debet, quin quibus modis solvuntur cæteræ obligationes, iisdem possit et hæc obligatio quovis tempore dissolvi. Sed an ita,
2 ut † condemnatus per eos dies solvere possit creditori etiam invito? Id vero ita sentire Cajum, intelligendum est; non solum quia de iis, qui quid in diem, aut certa die promiserunt, traditum est, his totum medium tempus ad solvendum liberum esse. *L. quod certa*, 70. *D. de solution.* quod multo magis ad judicatos, quibus humanitatis caussa legitimi dies indulgentur, transferendum est; sed etiam quia Cajus hoc loco hac (1) ratione utitur; *quia*, inquit *constitutum spacium pro judicato non contra judicatum per legem*
3 *constitutum est.* Qua †. ratione efficitur, judicatum intra eos dies eodem modo solvere, et et liberari posse, quomodo posset, si nullum illi tempus ad solvendum esse constitutum. Cum enim id spacium pro judicato sit, licet ei ex regula juris certi, iis quæ pro se introducta sunt, renunciare; *L. penult. C. de pac.* itaque efficere, quasi nec nullum ei tempus ad solvendum datum esset, prout ipsi expedire videbitur. Porro nullo tempore ad solvendum constituto, potest debitor citra controversiam creditori solvere vel invito. Addita est autem hoc loco a Cajo superior ratio: cum in proposito duabus de rebus posset dubitari, atque etiam verisimile sit a plerisque olim esse dubitatum. Diceret enim aliquis, justos dies, qui judicato dantur, non tantum rei caussa constitutos esse, sed etiam actoris. Cum enim hi lege constituantur simpliciter, et eos expectari nihilominus interdum ad actoris utilitatem pertineat, quidni ei quoque lege tributos putemus? Quod si hi et actoris caussa constitui sunt: dicendum est, quemadmodum per eos dies reus solvere cogi non potest, sic contra si actorem interim oblatam a condemnato pecuniam accipere non cogendum. Sed et illud fortasse alicui contra legem fieri videbitur, si reus ante diem solutioni lege præstitutum solvere festinet. Nam si contra legem facit actor, qui

(1) Miserationis enim caussa concessum judicato, fraudi illi esse non debet. Ideoque rei interitu, intra hæc tempora conting nte reus liberatur, quia in mora non est, nec pœnam igitur moræ dependit. Vid. Forner. 3. *Select.* 15.

ante diem agit, quia diem constitutum non servat, eoque et præscriptione legis summovetur: cur non videatur et reus facere contra legem, qui hunc diem anteverlat invito creditore, quasi hoc quoque modo fiat, ne servetur ab eo dies constitutus? Removeri horum utrumque hoc posito, dierum constitutorum spacium pro judicato esse, non contra judicatum. Si pro judicato est (ut est aperte, constet id humanitatis caussa indulgeri reo, ne interim pecunia ab eo exigatur, qui alioqui summo jure omnibus modis obligatus est, teneturque in præsentia. *L. si eum militi*, §. *ult. D. de comp.*) si pro judicato, inquam est id spacium, non contra judicatum: sine dubio actoris caussa constitutum non est, non enim potest constitutum esse actoris caussa, quin sit adversus judicatum. Si actoris etiam caussa constitutum est, licebit ei, ut jam dixi, antequam dies justi præterierint, solutionem recusare. Hoc vero perspicuum est, constitui adversus condemnatum: quippe cui isto modo adimatur facultas statim solvendi, quam nullo tempore ad solvendum constituto, sine controversia habuisset. Est autem superius spacium pro judicato, ut dixi, non igitur actoris etiam caussa constitutum. Eadem ratio efficit, ut nihil contra legem facere intelligatur reus, si non expectata legitima dilatione solvere postulet; quicquid enim alicui lege datur, ita datur ut eo beneficio utatur, si quis vult, non etiam, ut necesse habeat: itaque licet ei salva sententia legis juri pro se introducto renunciare, quod et pro regula juris usurpatum est, ut paulo ante dixi, *d. L. pen. C. de pac.* Poteram † paucioribus verbis hoc loco contentus esse, ut in re, meo judicio, non obscura, et quæ mibi videatur pene juris explorati: nisi essent, qui re certa promissa disputarent, hanc ante diem invito creditori solvi non posse, quod quidem nisi vehementer ipse fallor, statuitur ab illis contra manifestam sententiam. L. quod certa, D. de solution. et hujus loci rationem: quæ et ipsa non minus in obligationibus in diem conceptis locum habet: in quibus traditur, diem pro reo esse, non pro stipulatore *L. eum qui calendis*, §. *ult. D. de verb. obl.* Ea res me impullt, ut quorsum in proposito pertineret, et omnino quid valeret superior ratio, paulo diligentius et apertius exponerem. Neque vero difficile videtur, quæ pro ista sententia afferuntur, diluere, qua de re scripsi ad *d. L. eum qui calendis*, § *ult. de verb. oblig.* 4

Ad L. si homo. 8.

Paulus *Libro V. ad Plautium.*

Si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit: absolutionem non faciendam, sed fructuum rationem habendam placet.

SUMMARIA.

1. *Homine post litem contestatam mortuo, semper reus condemnari debet.*
2. *Aut de re, si ea post moram perierit.*
3. *Aut omnino et semper ratione fructuum.*
4. *Quare diversum jus obtineat in fructibus.*
5. *Contrariis occurritur.*
6. *Quorum fructuum sit habenda ratio argumenti locus indicatur.*

2 Si homo ex (1) stipulatu petitus, † post litem contestatam perierit, negat Paulus absolutionem faciendam: significans semper reum condemnandum esse. Judicem enim

(1) Cujac. 21. *Obs.* 25. verba ex stipulatu *d. L.* 8. pro glossemate Irnerii habet. Quia ait, certo homine ex stipulatu debito defuncto post litem contestatam non potest reus liberari, eum utique moram commiserit, si non ante saltem dum judicium accipere maluit quam solvere. At *d. L.* 8. sit superesse tantum quæstionem fructuum, hominis quæstionem esse peremptam. Male. Nam ne hoc dicit *d. L.* 8. quod omnimodo et semper obligatione principali liberetur reus, sed si condemnari non possit tam in æstimationem hominis,

qua de re cognovit, de ea et judicare oportet.
L. de qua re. D. de judic. Id non fit, aliter,
quam si judex reum condemnet, aut absol-
vat. *L. 1, sup. eod.* Quapropter, qui judicem
absolutionem facere debere negat, huic hoc
relinquere intelligitur, ut reum condemnet.
Igitur etiam homine post litem contestatam
mortuo, semper reus condemnandus est. Re-
cte Paulus: semper enim reus aut de re et
fructibus damnandus est, aut saltem de fru-
2 ctibus. De † re quidem petita non semper:
sed ita, si ea post moram perierit. *L. nemo,*
82. *§. ult. D. de verb. obl. L. si in Asia,*
§. ult. D. depos. non semper autem moram
facit, qui ad judicem provocat. *L. si quis so-*
lutioni, D. de usur. L. si quis inficiatus, D.
depos. At quamvis res sine mora debitoris
3 perierit: non † eo minus verum est, semper
reum etiam hoc casu condemnandum esse:
quoniam fructuum saltem ratio habenda est,
eoque nomine reus condemnandus, ut hic
Paulus significat: quod apertius ab illo in
homine, qui actione in rem petebatur mor-
tuo, duobus locis scriptum est. *L. si servus,*
D. de jud. sol. L. utique D. de de rei vind.
4 Nec mirum † videatur, si is qui moram non
fecit, neque in re præstanda, neque in fru-
ctibus rei petitæ, (nam de eo nunc agimus)
re perempta non teneatur de re: idem tamen
teneatur de fructibus. Ideo enim de re non
tenetur, quia neque eam habet, neque culpa
ejus factum est, quo moram fecerit: rem
enim casu periisse fingimus sine mora debi-
toris. *d. L. utique.* Utrumque in fructibus
contra. Nam si debitor eos percepit, habet:
si non percepit, vel hæc ipsa culpa ejus est,
quod non perceperit, cum posset aut per se
aut per alios. Semper autem post litem con
testatam culpæ nomine reus tenetur. *L. qui*
petitorio, §. 1. D. de rei vind. Hic † occurri- 5
tur nobis. Nam actione sublata de re princi-
pali, quæ potest superesse actio de accessio-
nibus, puta usuris, aut fructibus? Hoc qui-
dem juris, ratio pati non videtur. *L. cum*
principalis, D. de reg. jur. L. 4. C. depos. L.
3. *C. de fruct. et lit. expens.* Et dicendum est,
actione de re principali sublata, actionem
moveri et institui de fructibus non posse,
Quod si de (2) utroque eodem judicio agi
cœperit, ut hic factum est: actio de fructi-
bus semel recte constituta, nec dum judicio
finita, non ideo tempore evanescet, quia in
eum casum deciderit, a quo incipere non
poterat. *L. in ambiguis, §. 1. D. de reg.*
jur.

Et fructuum rationem habendam placet)
Quorum † fructuum? utrum perceptorum, 6
an et non perceptorum? item quousque, u-
trum quoad res petita perierit, an usque ad
diem sententiæ? cognoscere ex his locis. *L.*
fructus non modo. L. si navis, §. ult. D. de
rei vind.

quam in fructus, tunc in fructus solum con-
demnandum esse. Neque necessario moram
committitur litem contestando. Quid enim si
heres promissoris justa facti ignorantia præ-
ditus, juste judicium accepit. Confer. Henric.
Saerin. *Repet. lect. C.* 5.

(2) Ita et Duar. *ad d. L.* 8.

Ad L. Furioso. 9.

Pomponius *Lib. V. ex Plautio.*

Furioso sententia a judice, vel ab arbitrio dici non potest.

SUMMARIA.

1. *Sententia pro furioso nec ab arbitro nec a judice dici potest.*
2. *Cur pro minore dici possit, non autem, autem pro furioso: dubitandi caussa.*
3. *Differentiæ ratio quæ nonnullis placet, refutatur ab auctore.*
4. *Auctoris ratio proposita, in qua et ratio discriminis inter minorem et furiosum exponitur.*
5. *Quare Pomponius I. C. sententiam adversus furiosum dici non posse affirmavit.*

1 *Furioso,* † inquit Pomponius, *sententia a*
judice vel ab arbitrio dici non potest: furioso,
dativus verbo acquisitive posito additus, ut
Grammatici loquuntur, valet, ad furiosi uti-
litatem, seu secundum furiosum, vel pro fu-
rioso. Sed cur furioso † dici sententia non 2

potest, quæ cæteris omnibus, atque adeo minori, quamvis indefenso, recte dicitur, adversus quem indefensum dicta nullius momenti est? *L. non eo, minus*, *C. de proc.* An ætas minori in rebus pro commodo ejus gestis obesse non potest: furioso morbus et alienatio animi obierit. Atqui æquius et humanius multo erat, ubi major naturæ imbecillitas est, illic prolixius furioso consuli. Et erat sane æquius, si hic de conditione personarum, non de vi sententiæ quæritur: quæ cum furioso dicta certis rebus impediatur, minori autem dicta, non item: non mirum est, si hic valeat, illic non valeat. Quid ergo in persona litigatorum ad vim sententiæ desideratur, quod cum in furioso desit, ideo dicta illi sententia sit inutilis: quod non item desit in minore, et cæteris? Sunt ✝. (1) qui consensum
3 in litigatoribus exigi putent, ut his dicta sententia valeat, et simul iis judicati actio acquiratur: quod si verum est, res est confecta. Furiosi enim nullam voluntatem esse constat, eoque nec furiosum ullum negotium recte gerere; minores autem, qui fari possunt, ut intellectum rerum capiunt, ita constat quodvis negotium recte contrahere, et sibi acquirere posse, etiam sine tutoris auctoritate. *L. furioso*, *L. in negotiis*, *D. de reg. jur.* §. *furiosus*, *et seq. Inst. de inut. stip.* Ego pro certo habeo, ex consensu et approbatione litigatorum auctoritatem sententiæ non pendere: eum fieri possit, ut eam victor probet, et tamen non valeat, puta a minore annis judice lata: contra possit fieri, ut eam victor non probet, uti non satis plenam, et omnino constituat ab ea appellare, et tamen non minus sententia valeat: ut si pro homine sanæ mentis eam non comprobante lata sit. Et quamvis hic non de vi sententiæ, sed de actione a victore arquirenda ageretur: tamen ad hanc acquirendam non est necesse, actorem tunc intelligere et consentire, cum sententia dicitur. Judicati enim obligatio, jam tunc contrahitur, cum lis cum reo contestatur. Contrahitur enim judicio sub conditione, si secundum actorem judicatum erit: Arg. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Hæc vero conditio cum ex eventu pendeat, etiam ignorante actore, quovis tempore impleri potest. *L.* 2. *D. de cond. et demon.* Ita si consensus in acquirenda judicati obligatione quæritur, dum is in lite contestanda intervenerit, satis est. Unde intelligi debet, quod furioso, qui forte inter moras litis furiosus factus est, sententia dici non potest, id alia de caussa fieri, quam quia victori consensu opus sit, aut ad vim sententiæ, aut ad judicati actionem acquirendam: dummodo is litem contestatus sit, qui fuit sanæ mentis. Nihil verbis opus est. ✝ Pertinet hic locus 4
ad eam partem rerum judicatarum, qua constitutum est, sive apud judices agatur, sive apud arbitros, de unoquoque negotio judicari oportere præsentibus iis, quos caussa contingit. *L. de unoquoque.* 47. *D. de re jud.* *L. diem*, §. *coram*, *D. de recept.* Id eam vim habet, ut non modo si adversus absentem sententia dicta erit, non valeat; sed nec si dicta erit pro absente. *L. certum*, §. *si quis absente*, *D. de confess.* Quod si verum est, (2) consequens est, quemadmodum, si adversus furiosum sententia lata sit, non valet: sic nec si lata erit, pro furioso, valere. Ubique enim furiosus absentis loco est. *L. apud*, *L. coram*, *D. de verb. sig.* *L.* 2. §. *penult. D. de jur. cod.* Alia minoris caussa est, quiqnid agatur, intelligit; eo fit, ut indefensus quidem, si damnetur, nihil momenti habeat sententia, ne indefenso infirmitas ætatis noceat. *L. contra.* 45. *infr. eod.* At eidem si sententia feratur licet indefenso, nihil obsit ætas, quominus sententia coram præsente lata valeat: quia minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consueverit, ut scriptum est in *d. L. non eo minus*, *C. de proc.* Sed cum superiore ✝ ratione efficiatur, ne etiam ad- 5
versus furiosum sententia dici possit, cur dixit Pomponius potius sententiam furioso dici non posse, quam adversus furiosum, ac non utrumque, uti verum erat, et ejusdem rationis, ita simul eodem loco complexus est? Quia de posteriore satis constabat. Sive enim cum curatore furiosi judicio agitur, ipse curator condemnandus est. *L.* 1. *C. de sent. et interloc.* sive ita cum homine sanæ mentis judicium institutum est, ut is ante rem judicatam furiosus fieret: non dubium est, quin si minor indefensus, qui tutorem, aut curatorem non habet, frustra damnatur, *d. L. contra. infr. eod.* id multo magis de furioso dici debeat. At illud habuit dubitationem, an etiam pro furioso sententia dici non potuerit: idque cum propter exemplum minoris, de quo diximus, tum propter naturæ regulam, qua efficitur absentis et ignorantis

(1) Goth. ad *d. L.* 9. Bronch. 4. *Enant.* 55. qui eam rationem quod nec quasi contrahere possit, cum alia quod absentis loco, conjungit.

(2) *L.* 124. §. 1. *de R. I.* Duar. *d. lo.* Bronch. *d. Ass.* 15. Confer. *not. supr. Lib.* 18. *Civil. Comment. C.* 11. *n.* 17.

conditionem deteriorem facere non licere; meliorem facere omnibus concessum esse. *L. solvendo, D. de ne neg. gest.* Hanc dubitationem hoc loco Pomponius sustulit, negans sententiam valere, quamvis pro furioso dicta sit: quia scilicet lata sit absente litigatore: quod jus non recipit, ut jam dixi. Nam quod dicitur licere absentis conditionem facere meliorem hactenus verum est, dum lex non sit impedimento. Non licet autem judici jure publico sententiam ferre absentibus litigatoribus, nisi ante legitimis edictis evocati sint: idque propter justas caussas, quas exposuimus ad *L. de unoquoque, infr. eod.*

Ad L. *Qui cum se.* 10.

Marcellus *lib. II. Digestorum.*

Qui cum se paterfamilias fingeret, mutuam pecuniam accepit, et exheredatus a patre, vel emancipatus est: quamvis facere non possit, debet condemnari.

Exceptio est ad id beneficium pertinens de quo legimus in *L. exheredatum.* 49. *infr. eod.* apertius exposita in *L. 2. §. 1. D. quod cum eo.*

Ad L. *Si Calendis* 11.

Celsus *lib. V. Digestorum.*

Si Calendis fieri aliquid stipulatus sum; nempe quandocunque post calendas accepto judicio, tanti tamen æstimanda lis est, quanti interfuit mea calendis id fieri. Ex eo enim tempore quidque æstimatur, quo novissime solvi potuit.

SUMMARIA.

1. *In faciendi obligationibus cum de condemnatione propter rem quam fieri oportuit, agitur, tres incidere quæstiones, et quæ sint.*
2. *Primæ ac tertiæ quæstionis sedes indicata.*
3. *Secunda quæstio hoc loco tractanda qualis.*
4. *Æstimationem ejus quod interest agentis, ex certo aliquo et designato tempore fieri oportere ostenditur.*
5. *Certum illud, quod novissimum solvendi tempus a Celso I. C. appellatur, pro rei debitæ natura varie constitui.*
6. *Aliud esse cum species certa debetur, aliud in faciendi obligationibus,* et seqq.
7. *Quale sit cum species certa est in obligatione.*
8. *Item quale in faciendi obligationibus et quæ hic in eadem facti obligatione varietas,* et n. 10. et seq.
9. *Cur varium id in obligatione facti et specie* et n. 11.
11. *Quare in obligatione faciendi, præterita die ad faciendum constituta, integrum non est amplius facere quod promissum est. Facta utilitate æstimari, hanc pro rebus et temporibus esse diversam, exempla* ibid.
12. *Quæ in faciendi obligationibus eadem in æstimando vino oleo et aliis id genus tempora servari; quo hæc loco tractentur.*
13. *Quam recte in superioribus æstimatio ejus quod interest, sit ex novissimo cujusque rei solvendæ tempora constituta.*
14. *Proponitur et refellitur eorum ratio qui sentiunt quanticunque res fuit quoque tempore post moram aut litem contestatam; tanti promissorem facti damnari oportere.*
15. *Florentina lectio notatur.*

1 IN faciendi † obligationibus cum factum non est, quod fieri debuit, circa condemnationem rei, quam fieri oporteat, tres hæ incidunt natura atque ordine quæstiones; Primo, cum ad rem reus condemnandus sit, utrumne ad faciendum, quod promisit: an vero in id, quod actoris interest, aliquando factum esse, quod factum oportuit. Secunda, si damnandus sit in id quod interest, et forte, ut fit, diversis temporibus varie interfuit, an quanticunque interfuerit quovis tempore, ejus ratio habenda sit: an vero unum sit aliquod tempus certum, ex quo id quod interest, sit æstimandum, et quod sit? Tertia, cum constabit in id quod interest, condemnationem jure faciendam esse, et cujus temporis facienda sit, ut quæratur, quid sit id, quod interest, sive quid quantumque eo verbo ad præstationem contineatur. Duæ priores hoc continent, quæ res, et cujus temporis res in condemnationem veniat? Tertia, hoc admisso ut veniat id quod certo tempore interest, hoc continet, quid sit id, quod venire dicimus. Ac primum quidem illud admissum est, in faciendi obligationibus, condemnari reum in pecuniam numeratam, nempe in tantam pecuniam, quanti actoris interest, quod pro jure certo traditum est in *L. si quis ab alio,* 13, *in princip. et fin. hoc tit.* unde introducuntur cætera. De singulis vero suæ sunt, et justæ dubitationes. Ideo dedi operam, ut unumquodque suis et
constitutis locis a me explicaretur. Ac † de 2
primo quidem, quoniam constituitur in d. *L. si quis ab alio,* illo ipso loco amplius disseruimus. De tertio ex professo scripsimus ad legem Justiniani, *De sententiis, quæ pro
eo. quod interest proferuntur;* Secundum † 3
hic a Celso deciditur, de quo nobis breviter cognoscendum est. Igitur hoc jure posito,

in faciendi obligationibus condemnari reum in id, quod actoris interest, existit de tempore, ex quo id æstimandum sit, quæstio. Pro varietate temporum varie id quod interest nostra, commutari solet. Finge quem promisisse se mihi satisdaturum calendis, ejus nomine, qui mihi decem debebat, quod exemplum est, quo idem Celsus utitur in *d. L. si quis ab alio.* Fieri potest, ut reus principalis calendis non sit solvendo: post calendas cœperit solvendo esse, atque ita intersit mea, calendis fidejussorem mihi datum esse: post calendas autem interesse desinat. Oritur igitur hic quæstio, utrum quodvis tempus spectandum sit, quo plurimi interfuit nostra, et ex eo tanti condemnatio facienda: an vero unum aliquod certum duntaxat, ut si quid eo tempore intersit, ejus ratio habeatur, quamvis postea interesse desierit: si nihil eo intersit, nulla sit condemnatio, quamvis post id tempus interesse cœ-
4 perit. Et hoc † posterius ita statuit hoc loco Celsus, non solum ut ostendat, unum tantum tempus spectandum esse; sed etiam simul, quodnam sit, definiat. Principio unum certum tempus statuere eum, quod sit spectandum, ex ipsis verbis plus quam manifestum est. *Si calendis*, inquit, *fieri aliquid stipulatus sum: nempe quandocunque post calendas accepto judicio tanti æstimanda lis est, quanti interfuit mea calendis id fieri.* Observetur non dicere eum, litem tanti æstimandam quanti est tempore rei judicandæ, aut tempore litis contestatæ, aut intermediis temporibus, quæ calendas, et litem contestatam secuta sunt, si forte his temporibus res esset plurimi (quod tamen dicendum fuit si tanti reus condemnandus sit, quanti plurimi quovis tempore interest) sed hoc dicere eum, quanti res est calendis, nempe uno illo certo et designato tempore. Illud apertius, quod pro ratione a Celso subjicitur: *Ex eo enim tempore*, inquit, *quidque æstimatur, quo novissime solvi potuit;* sic enim legendum est, ut paulo post indicabimus. Constat unum tempus esse, quo res novissime solvi potuit, non plura: ex pluribus enim solvendi temporibus, idest novissimum sive supremum, post quod non est aliud tempus solvendi: si quod enim sequitur, non potest id esse novissimum, quod præcessit. Cum ergo ait Celsus ex novissimo tempore quidque æstimari, satis declarat, ex aliis non esse rem æstimandam. Si eadem tempora essent, novissimum solvendi tempus, quo res forte minoris est, et aliud quo res fuit minoris: admitteremus eum, qui ex uno rem æstimari jubet, jubere pariter æstimari ex utroque: aut certe ex quo æstimaretur, nihil referre. Nunc cum sint hæc tempora non diversam tantum, sed etiam contraria: sine dubio, qui ex uno jubet rem æstimari, is ex cæteris æstimari vetat. Itaque interpretes cum hoc loco, et in *L. vinum, D. si cert. pet.* ac locis similibus ita definiunt, adversus eum, qui moram in faciendo aut re præstanda fecit, rem æstimari quanti plurimi fuit, ex quo mora facta est, non modo non exprimunt hujus loci et cæterorum similium sententiam: sed etiam dicas, eos istorum locorum veram sententiam reprehendere et mutare ex professo. At enim, inquiunt, æstimatur quidque ex calendis, sive ex eo tempore, quo novissime solvi potuit, siquidem eo tempore fuerit plurimi. Ridiculum: quasi vero si in istis temporibus hæc conditio intelligenda est, non idem de cæteris temporibus omnibus dici potuerit, et debuerit, ex illis nimirum rem quoque æstimari debere; quia in his hanc conditionem continuo intelligeremus, si modo in his aut illis res plurimi fuerit. Stulte ergo et imperite hoc loco Celsus, qui conditionem necessariam in definitione juris prætermiserit: stultissime, qui quod de omnibus temporibus ex hac conditione dici poterat, de uno tantum dixerit, et quidem ita dixerit, ut verborum vi et potestate cætera tempora removeret. Sed ne hæc res dubitationem habeat, sic calendas, et id tempus, quo novissime solvi potuit, spectandum esse, ut non aliud sit spectandum, sive pluris alias intersit, sive minoris: pene diserte hanc sententiam expressit Ulpianus in *L. ubi* §. 1. *D. de edén.* Nam cum edicto *de edendo* constitueretur actio in id, quod actoris interest, illi rationes edi, cum decernitur a prætore: de hoc tempore aperte ita Ulpianus scribit: ut dicat *præstari, quod interfuit mea, cum decerneretur a prætore, non quod hodie interest. et ideo licet interesse desiit, vel minoris vel pluris interesse cœpit, locum hanc actionem non habere, neque ad augmentum, neque ad diminutionem.* Idem scriptum est a Paulo in *L. qui autem*, §. 1. *D.* si quis caut. *Illud tenendum est*, inquit, *æstimationem ejus quod intersit agentis, ad illud tempus referendam, quo sisti debuit, non ad id, quo agitur, quamvis desierit interesse.*

Hactenus ergo et ex hoc loco Celsi, et ex illis superiore cum Ulpiani, tum Pauli, intelligitur, cum de eo quod interest æstimando agitur, sic rem ex uno tempore certo et constituto æstimari, ut sive ante pluris interfuerit, sive postea; tamen horum temporum nulla ratio habeatur, sed ejus tan-

tum, ex quo quidque æstimandum dicimus: quam recte, ita constituatur, postea viderimus. Nunc hoc constet, ita jus se habere, ut
5 diximus. Sequitur, videamus, quodnam † id
tempus esse Celsus velit. Et definit id esse, *quo novissime quidqua solvi potuit*. Ex eo autem genere esse calendas, quibus quid dari stipulati sumus. Nam hoc posito, unumquodque ex eo tempore æstimari, quo novissime solvi potuit: inde colligit in specie a se propo ita, calendas esse spectandas, quod non recte faceret, nisi in calendis inesset novissimum illud solvendi tempus, ex quo quidque æstimandum dixerat. Sed neque quod sit id tempus, quo novissime res solvi potest; neque an recte dicatur diem constitutum cujusmodi tempus esse; neque adeo an recte constituatur ex eo tempore quidque æstimandum, quidquam addidit Celsus, ut intelligeremus: et sunt omnia ejusmodi, de quibus videam parum liquere. Proinde, quod locus cogit, de his paulo pluribus considerandum est. Quæritur, quodnam sit id tempus, *quod novissime quidque solvi potest*. Et novissimum, supremum appellamus: ut cum dicimus, pacta novissima, novissimam scripturam, eum, qui novissimus decessit, *L. pactu novissima, C. de pact. L.* 12. §. *ultim, D. de legat.* 1. *L. vel singulis, D. de vulg.* Est ergo novissimum rei solvendæ tempus id, ad quod usque res potest solvi; post id amplius solvi non potest. Id in omnibus obligationibus non est unum: sed pro natura rei debitæ varie constituitur. Itaque
6 † aliud est, cum species certa debetur; aliud
in faciendi, et earum rerum obligationibus quæ pondere, numero mensurave constant.
7 Cum species † certa in obligatione versatur,
siquidem res integra permansit usque ad rem judicatam: novissimum solvendi tempus est rei judicatæ, sive condemnationis: sin res ante aut periit, aut deterior post moram facta est, hoc ipsum supremum tempus solvendi habetur, quo ista contingerunt. Hoc ita esse intelligere possumus ex *L.* 3. §. *de cond. trit.* In qua, re certe petita, cujus æstimatio præstanda sit, et de qua ob eam caussam quæratur cujus temporis æstimationem recipiat, in ea hæc ipsa tempora spectanda esse, scriptum est. Quod congruere cum Celsi definitione aliter non potest, quam si ea ad solvendum novissima esse statuerimus. Et certe recte hæc dicuntur novissima esse ad solvendum. Quandiu enim res exstat, et integra est, tandiu debetur: proinde tandiu solvi potest, ac debitor ejus solutione liberatur, juxta regulam juris. Tit. *quib. mod. toll. obl. in pr.* Postquam autem periit, facit, natura, ut jam solvi non possit; sed etsi post moram deterior facta sit, similiter evenit, ut eam qualis est, talis non possit solvi, quia non videatur præstari quæ deterior præstatur *L.*
3. §. 1. *D. commod.* In faciendi † autem 8
obligationibus novissimum solvendi, idest, solvendi, idest, faciendi tempus, post quod videlicet promissorem facientem non liberari placet, est dies constitutus, siquidem dictum sit quo die fieri deberet; si dictum non est; tempus litis contestatæ: quorum prius hic statuitur; posterius in *L. si insulam.* 84. *D.*
de verbor. obligat. Cur hæc † tam varie? 9
Rei debitæ conditio in caussa est. Cum enim species certa debetur, deque ea judicio agitur, hæc petitur ipsa, non aliud, sive pure promissa sit, sive in diem. Eo fit, ut judicio inclusa debeatur, non minus post litem contestatam, quam ante: et quia debetur, debitor quandoque eam solvendo
liberetur. At cum fieri † quid pure promis- 10
sum est, eoque nomine agitur, quia factum non est, quod fieri debuit: non ut fiat, petitur, sed agitur in id, quod stipulatoris interest. Ita hic post litem contestatam debere incipit id, quod interest, cujus rei obligatio judicio contrahitur. Hæc semel creditori quæsita, eo invito mutari non potest: ut pluribus scripsimus ad dict. *L. si insulam, D. de verb. obl. et L. si quis ab alio, §. ultim. infr. eod.* Itaque de litis contestatione minor dubitatio est, cur post eam dicamus debitorem qui pure se facturum quid promiserit jam amplius facientem non liberari, eoque esse id novissimum faciendi tempus. At cur non idem servatur et tunc cum quid stipu-
latus sum fieri Calendis? Cur hic † potius 11
diem constitutum dicimus, esse tempus novissimum faciendi? de eo vero non immerito dubitari potest. Quid enim, an post diem constitutum amplius facere non licet, quod promissum est, ut debitor liberetur? Et hoc quidem non obscure declarat Celsus hoc loco. Atqui negari videtur in dicta *L. si insulam.* Illic enim scriptum est, *si insulam fieri sim stipulatus, et transierit tempus, quo insula potuit fieri: quandiu litem contestatus non sim, posse debitorem facientem liberari*; et vero cur non liberetur debitor, qui post Calendas facit, quod Calendis se facturum promiserat? An quod Calendis promittitur, etiam præteritis Calendis non debetur? quod si debetur quid restat, nisi ut ejus præstatione debitor liberetur, ut dictat regula juris? dicto *Tit. quib. mod. tol. obl. in pr.* Et si nobis constare volumus, dicendum est, quod Calendis fieri promissum est, Calendis præteritis non deberi; quia sit contra conventionem, ut fiat

postea: quod si non debetur, consequens est nec solvi posse. Neque vero id negatur in *d. L. si insulam*. Observandum est enim agi eo loco de eo stipulatore, qui pure et simpliciter insulam fieri stipulatus est; eoque et de reo, qui eodem modo promisit. Recte dicitur omne intermedium tempus, quod intercedit usque ad litem contestatam, ei liberum esse ad solutionem, qui conventione non adstringitur, ut certo tempore faciat. Die autem ad faciendum nominatim constituto, conventio rem liberam promissori esse non sinit. At enim qui certo die quid promisit, etiam post diem idem debet. Non enim dies adjicitur, ut eum dies venerit, non debeatur, quod promissum est: sed potius, quo magis debeatur, et peti possit. §. *in diem*, *Inst. de ver. obl. L. cedere, D. de ver. sign.* Recte hoc dicitur, eum res promissa est quæ etiam post diem constitutum extat. Longe aliter res se habet, eum quid certo die fieri stipulati sumus. Non enim, ut res promissa, quæ extat, omnibus temporibus una est, eoque et ante moram, et post moram eadem debetur quæ et promissa est: itidem et factum, quod in conventionem venit, omnibus temporibus idem est, sed aliud atque aliud, ut proinde transacto eo tempore, quo fieri quid ex conventione debuit, jam amplius non sit integrum, eoque nec solvi possit, quod promissum est. Facta enim sua utilitate æstimantur: sine qua nihil prosit aliquid stipulari, de quo plura ad *L. si quis ab alio, §. ult. inf. eod.* Hæc utilitas pro rebus et temporibus variatur: ut puta; insulam ædificaturum te promisisti in illa area: hodie, quo tempore area mea est, si ædificas, id factum est, quod rebus meis insulam adjicit; si area mea non est, factum est ejusmodi, quod insulam facit alterius, non meam. Insula enim cedit solo, ut dicendum sit, in dissimili utilitate aliud atque aliud factum judicandum esse. Ac fingamus omnium temporum eandem utilitatem esse: tamen necessario fatendum est, operam, quæ hodie sumitur, aut sumi potest, non esse eandem illam, quæ cras aut postero die adhibebitur, etiam si parem aut nihilo segniorem esse concedamus. Id si ita est, consequitur, cujuscunque diei factum et operam stipulati sumus, ejus solius temporis factum deberi: sequentium non deberi, quia nec in stipulatum venerit. Et hoc est quod Pompon. ait, in *L. si quando D. de oper. lib.* præteritam operam jam dari non posse: præteritam enim vocat, eam operam, quæ certo tempore dari debuit, nec data est. Hanc negat dari posse, non quod non adhuc opera præberi possit: sed quia quæcunque dabitur postea, hæc alia futura est, quam ea, quæ est promissa; eoque præstita nihil prodest nec ad liberationem.

Apparet igitur, eum quid stipulati sumus fieri Calendis, recte dici, Calendas esse id tempus, quo novissimæ res solvi possunt: quod Celsus hic respondit. Quæ † tempora 12
in eo quod interest æstimando servari modo diximus in faciendi obligationibus, eadem statui legimus in vino, et cæteris rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant; enim, quia suo tempore præstitæ non sunt, de his æstimandis in judicio agitur, quæriturque cujus temporis æstimatio facienda sit; hoc in *L. vinum D. si cert. pet. et L. ult. D. de cond. trit.* Quod cujusmodi sit, pluribus exposuimus ad *d. L. vinum*. Superest jam videamus, † quam recte et hic, et superio- 13
ribus locis constituatur, ex his temporibus quidque æstimari. Et vero secundum regulas juris aliter statui non potest. Quandiu enim solvi potest res promissa, tandiu de æstimatione ejus quærendum non est. Ipsa enim res præstanda est, non ejus æstimatio: quandoquidem aliud pro alio invito creditore solvi non potest, *L. 2. §. 1. si cert. pet.* Tum ergo de ejus æstimatione quærendum est, eum ipsa non potest amplius præstari, aut in totum, aut certe integra. Ex quo vero tempore æstimabitur, quæ non est? Nempe necesse est aut ex novissimo tempore æstimari, quo scilicet primum res ad æstimationem spectare incipit, aut ex sequentibus, temporibus, quibus res nulla est, quomodo tandem æstimatur? Ita fit, ut ex eo tempore quod supremum fuit ad solutionem sit æstimanda. Id etiam conficitur hoc modo: eum pecunia pro re præstatur, necesse est tantum esse pecuniam, quanti est res eo tempore, quo primum æstimanda est. Res autem quæque debita promissave tunc primum in ea caussa esse incipit, ut æstimanda sit, cum esse desinit: igitur quanti tunc solum est, tanti æstimanda est: Jam vero in rebus certis promissis non diei adjectione aut litis contestatione accidit, ut res, quæ fuerant, esse desinant, aut deteriores fiant; sed accidit natura. Proinde hujus solum temporis, quo natura id contingit, non diei constituti, aut litis contestatæ in his rebus æstimandis ratio habenda est. In factis autem promissis eum natura rei, tum potissimum diei adjectione efficitur, aut sine die constituto litis contestatione ut post hæc tempora amplius fieri non possit, quod promissum est; certe debitor faciendo non liberetur: atque ita ut quod fieri non promissum est, his temporibus fieri posse desinat ad libera-

tionem. Quapropter commutata rerum conditione et hæc ipsa tempora in hoc genere obligationis eadem ratione spectanda sunt. Quæ si ita sunt, bene et manifesta juris atque æquitatis ratione in superioribus rebus æstimandis, istorum temporum rationem habendam esse dicimus. Nam quæ in iis quæ quantitate constant, æstimandis ratio sit, quia res pluribus verbis indiget, malumus cognosci ex his, quæ de hoc genere
14 disseruimus ad *L. vinum*. Illud † movet plerosque in faciendi obligationibus, ut statuant quanticunque post moram atque adeo post litem contestatam actoris interest id factum esse, quod promissum est, tanti promissorem damnandum: Illud, inquam, quod dicitur unicuique suam moram nocere, *L. in condemnatione*, *§. unicuique*, *D. de reg. jur.* sed non recte movet. Nocet enim unicuique mora sua: sed hactenus, ut perpetuet obligationem, quæ ante moram fuit, non ut augeat, aut inducat novam, *L. si servum*, *§. sequitur*, *D. de verb. obl. L. centum*, *D. de eo quod cer. loc.* Porro, cum certo tempore quid fieri debet, nihil nisi ejus temporis utilitas, idest, id quod eo tempore interest, in obligationem venit. Quare quandocunque agetur postea, aut res judicabitur, efficiet mora, ut illius temporis utilitas conservetur, et æstimetur petitori; non etiam, ut novæ utilitatis etiam obligatio inducatur.

Ex eo enim tempore) In Pandectis † Flo- 15
rentinis ita scriptum est: *Ex eo enim tempora quidquid æstimatur, quod novissime solvi poterit*, sed manifestum mendum est imperfecta enim oratio est, nullam exprimens sententiam: ut quæ habeat subiectum tantum sine ullo attributo, quod de subjecto aliquid affirmet, aut neget. Sic igitur legendum est, ut ante dixi, et in omnibus aliis exemplaribus legitur, *ex eo enim tempore quidque æstimatur*, quo novissimæ solvi potuit. Potuit, non poterit; quia de re præterita, et transacta, non futura agitur.

Ad L. *In depositi.* 12.

Marcellus *lib. IV. Digestorum.*

In depositi vel commodati judicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

SUMMARIA.

1. *In depositi et commodati Judicio actiones condemnato cedi debere.*
2. *Dummodo illi res absit.*
3. *Etiam si dolo rem amiserit, et quare.* *Et cur non idem jus obtineat in rei vindicatione:* ibid.
4. *Commodatarius habet retentionem, nisi dominus antea suis actionibus cesserit.*
5. *Quid post sententiam, an poterit commodatarius eadem retentione uti, et quo jure.*
6. *Dominus actionibus suis tenetur cedere dumtaxat, nec quidquam eo nomine cavere.*
7. *Quam ut per eum non fiat quominus rem possideat.*

Qui quacunque actione tenetur, ut rem restituat (quod ex actionibus in personam in judicio depositi, et commodati, de quibus hic agitur, accidit, *§. item is*, *et §. pen. Inst. quib. mod. re contr. obl.* is si rem non restituat, quamvis possessionem sine dolo amiserit; tamen lis adversus eum æstimatur, damnaturque quanti ea res est, de qua agitur, ea res, est, de qua agitur, *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Id cum fit: nempe hic laborat reus, ut saltem rem habeat, pro qua æstimationem pertulit: quod ita consequitur si quæ actiones actoris fuerunt rei persequendæ caussa hæ in condemnatum transferantur: ut rei vindicatio, Publiciana utilis quæ de agro vectigali competit, et similes. Hinc
quæsitum, an † recte desiderare possit con- 1
demnatus, sibi eas cedi ab actore, et an cum desideravit, consequi debeat. Admittit hoc loco Marcellus, cedi eas postulanti debere quamvis condemnato, et ei, cujus dolo res absit: sed tum, inquam, cum res illi aberit; et depositi, commodati, aut simili alique judicio in personam agetur. Recte additum

utrunque. Tale est enim, ut si quid eorum desit, actiones cedi non possint, aut debeant.

2 Ac primum si † condemnatus rem possideat, cujus æstimationem solvit, frustra ab actore actiones sibi cedi postulet. Sciendum est enim in possessorem, qui id fecerit, statim dominium rei transferri: quod diserte scriptum est in *L. ejus, D. de rei vind.* et recte. Nam si hic justa caussa ad transferendum requiritur; litis æstimatio emptionem facit; sive qui litis æstimationem suffert, emptoris loco habendus est. *L. 3. D. pro empt. L. si propter, D. rer. amot.* Si requiritur traditio: hæc non est necessaria, cum is, cui rem quæsitam volumus, jam ante eam apud se habet, *L. qua ratione. §. interdum, D. de acq. rer. dom.* Si voluntas domini desideratur: hæc ex eo intelligitur, quod dominus transegisse videtur cum possessore, et decidisse eo pretio, quod constituit, ut scriptum est in *d. L. ejus, de rei vind.* Dominium igitur in eum, qui damnatus rem possidet, soluta æstimatione transfertur, aut certe, si petitor dominus non fuit, usucapiendi conditio: omninoque res in bonis ejus esse incipit. Hæc res efficit quod a Juliano in hac specie responsum est in *d. L. si propter, rer. amot.* ut hic possessor dominii, aut quasi dominii jure et adversus veterem dominum exceptionem habeat, et si forte possessionem amiserit, adversus omnes habeat actionem, quod omnibus qui rem in bonis habent, conceditur *L. rem in bonis, D. de acq. rer. domin.* Hoc vero si ita est, apparet frustra eum desiderare sibi cedi actiones, qui eas habeat; frustra desiderare ab eo qui dominio translato eas amiserit. At non item in condemnatum dominium transfertur, quamvis litis æstimationem præstiterit, si ei res absit. *L. hoc si res, D. de rei vind.* Neque enim cuiquam dominium acquiritur domini voluntate sine naturali possessione, dum aut ei res tradita a domino habetur. *§. per traditionem, et §. interdum, Inst. de rer. divis. L. traditionibus, D. de pact.* quorum utrumque in re absente contingere non potest. Ita fit, ut hic solum utile sit reo, cedi actiones, atque adeo a domino cedi possint. Ac semper cedi debere convenit, sive in rem actione, sive in personam agatur, si modo reus culpa, non fraude possessionem amiserit, *L. si culpa, D. de rei vind.* neque de eo hic nunc agitur.
Illud † habuit dubitationem, an etiam tunc 3
dominus cedere actionibus suis deberet condemnato, cum is dolo amisisset possessionem. Et hoc, ut dixi, hoc loco probat Marcellus; sed in judicio depositi, aut commodati. Recte in his judiciis, quæ in personam sunt, et ex contractu oriuntur. In rei vindicatione idem non placuit, *L. is qui dolo, D. de rei vindicat.* An quod in rei vindicatione æquum est, dolum possessoris puniri: in deposito et commodato non item? Imo in his tanto æquius, quod hic in iis rem dolo non restituit, bis peccat; et quod dominum fraudat re sua, et quod turpiter dominum fallit: cum a possessore, qui actione in rem damnatur, hoc solum peccatum sit, quod rem domino auferi, nihil amplius. An forte ideo, quod in rei vindicatione res ex æquo judicanda sit, non etiam in depositi, aut commodati judiciis? Atqui hæc bonæ fidei judicia sunt: in quibus rem præcipue ex fide bona idest, ex æquo et bono æstimari oportet, *§. in bonæ fidei. Instit. de action.* Sed (1) differentiæ hæc ratio est, quod in rei vindicatione dominus possessori non obligatur, utpote cum quo nihil contraxerit. *§. 2. Instit. de act.* Unde si quid dominus possessori præstare debet, id debet arbitrio judicis, si æquum est; est enim hoc judicium arbitrarium, *§. præterea, Inst. de act. L. qui restituere, in fin. D. de rei vind.* Nulla autem juris aut æquitatis ratio patitur, ut decipientibus succurratur *L. 2. §. verba, D. ad Vellejan.* At in commodato non tantum qui accepit, obligatur commodati, ut rem restituat, sed etiam contra qui commodavit commodatario, ut eum indemnem

(1) Alii simpliciter inter actionem in rem, *L. 69. de R. V.* et in personam *d. L. 12.* distinguunt Pac. 3. *Q. 48.* differentiæ ratione reddita, quod plus juris habeamus in rebus nostris quam nobis debitis, dominii major vis sit quam obligationis, magisque peccet, qui domino non restituit, quam qui creditori. Male. Hæc enim ratio aliis contractibus sane convenit, Commodato et Deposito non item. Aliter distinguit Rob. *Sentent.* 19. et aliter Duar. ad *d. L. 12.* qui sic. Aut actor cui reus ad litis æstimationem damnatus, petit exsecutionem sententiæ, et reo cedendæ actiones *d. L. 12.* aut petere non vult, sed recipere rem suam mavult a possidente et non cedendæ, *d. L. 69.* Ob dolum enim in quocunque jucunque judicio pronunciat judex simpliciter, cedere non cogit, et ita punitur reus, *d. L. 69.* ut liberum sit actori post latam sententiam contempta litis æstimatione rem ipsam vindicare. Male. Quæ enim hæc ullo casu pœna esset, immo commodo afficeretur reus damnatus, quoties actor litis æstimatione spreta alium conveniret etc. Aliter Goth. ad *d. L. 12* distinguens inter jus strictum, *d. L. 69.* et æquitatem *d. L. 12.* Quod adstruere est, antinomias non diluere.

præstet: idemque est in deposito, *L. in rebus. §. possunt, et seq. D. commod. L. ei apud quem. D. depos.* Idcirco commodatarius etiam ultro judicium contrarium habet adversus eum, qui commodavit, ut actiones suas cedat quibus commodatarius de re amissa in-
4 demnis reddatur. Quanto † magis idem in actione commodati retentionem habebit, ne prius agenti domino satisfacere cogatur, quam ille actiones suas cessarit? Arg. *L. in rebus, §. ult. D. commod.* Quod tamen jure fit, si reus ante sententiam hac defensione utatur,
5 cum res adhuc integra est. Cæterum re † semel judicata, et in litis æstimationem condemnato reo, non licet summo jure hac exceptione partam actori judicati executionem evitare. Arg. *L. 4. §. 1. supr. eod.* Veruntamen et hanc defensionem commodato tribuendam Marcellus ait; sed ita, ut fateatur jure non dari, sed officio judicis qui sententiam exequitur ex æquo et bono. unde ut condemnato cedantur actiones, ait in ea re illi succurri solere: quo verbo utimur in iis, quæ adversus strictam juris rationem conceduntur *L. in causæ, 2.* juncta *L. in causæ, 2. D. de minor.* Est autem exceptio ex earum genere, quæ non infirmant. sententiam: quod genus etiam post rem judicatam competit. De quo amplius dicendum est ad *L. Nesennius, 41. §. ult. infr. eod.* Illud ad extremum
† notandum est, non temere esse, quod de actionibus tantum condemnato cedendis hoc loco dicitur. Nihil enim amplius dominus præstare debet, eoque nec eo nomine condemnato cavere, itaque nec petitor condemnato de evictione cavere debet, *L. ex diverso, §. petitor, D. de rei vindic.* Et generale illud Scævolæ tenendum est, in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem delegationem, id est, cessionem pro justa præstatione esse, *L. quod debetur, 51. D. de pecul.* Sane † qui actiones suas cedere cogitur, is multo magis hoc præstare debet condemnato, ne prohibeat, quo minus possessio rei ad eum perveniat, quamobrem et de ea re illi cavere debet *d. L. hoc sines, D. de rei vindic.* 6 7

Ad L. *Si quis ab alio.* 13.

Celsus *lib. VI. Digestorum.*

Si quis ab alio decem, ab alio satisdari stipulatus est: æstimandum erit, quanti stipulatoris intersit satisdari: idque aut tantundem erit, aut minus: aut interdum etiam nihil: neque enim vani timoris ulla æstimatio est. Verum sorte soluta, nullum jam pretium æstimationis est, aut quantum ex sorte fuerit solutum, tantum de æstimatione decedet.

SUMMARIA.

1. *Eum qui se satisdaturum promisit, condemnari quanti stipulatoris interest.*
2. *Quod interest stipulatoris quatenus æstimetur: et quid sorte vel in totum vel ex parte soluta* et n. 5.
3. *Regula juris,* L. quatenus, 24. D. de reg. jur. *obiter exponitur.*
4. *Damnum quod datum est, æstimari, non illud quod forte potest accidere.*

Titius crediturus decem millia, ea stipulatus est sibi dari ab eo qui accipiebat. Voluit
1 † etiam adhiberi ad promissorem. Adhibitus est, qui promitteret non se decem soluturum, sed eo nomine satisdaturum, quod valet, fidejussorem eo nomine daturum, *L. 1. D. qui satisd. cog.* Adpromissor conventus non satisdat: itaque eo nomine eum eo judicio actum est. Quæritur in officio judicis, qualem illa condemnationem facere debeat, utrum condemnare reum, ut satisdet, an aliter. Celsus ait, condemnandum eum, *quantum stipulatoris intersit, satisdari.* Proinde id judici æstimandum, videlicet, ut certam sententiam ferat, et in certum pecuniam condemnet, quo ab omni judice in sententia ut faciat, exigitur, *§. curare, Inst. de act.* Exempli caussa dictum hoc est a Celso: nihilominus

ut idem ad omnes faciendi obligationes pertineat. Hoc enim est, quod ipse in extremo hujus responsi definit, in omnibus faciendi obligationibus hoc evenire, ut qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur. Nam hæc pecunia intelligitur, qua æstimatur id, quod interest. Id quod interest, definit Paulus, quod petitori abest quodque lucrari potuit, *L. si commissa, D. rem rat. hab.*
2 Deinde quæritur † quantum sit in proposito id, quod stipulatoris interest: ait Celsus, *idque aut tantundem erit, aut minus, aut interdum etiam nihil.* Id hanc sententiam habet: de eo, quanti hic intersit, nihil absolute responderi posse, sed rem ex facto æstimandam, id enim ita futurum est, ut erunt rei principalis facultates. Ergo erit *tantundem*, quantum scilicet principaliter debetur, si reus principalis omnino non erit solvendo. Erit *minus*, si reus ex parte solvendo erit. Erit *nihil*, si ita erunt rei facultates, ut ab eo stipulatur non minus suum consequi possit, quam ab alio quovis. Idque ita interpretatur Pomponius in *L. si ita stipulatus, 112. §. ult. D. de verb. oblig.*
3 Hoc illud est, quod † traditur regula juris: *Quatenus cujusque intersit, in facto, non in jure consistit*, L. quatenus, *D. de reg. jur.* Non consistit in jure: quia de ea nihil certi ullo jure constitutum est, ac ne constitui potest. Consistit in facto, quia de ejus æstimatione ex facto et re proposita constituitur. Prout enim damna sunt ex eo, quod factum, aut non factum est, ita est id, quod interest. Ea est rerum, quæ facti aut juris dicuntur, descriptio *L. mora 32. D. de usur.*

Ait, Celsus, *Neque enim vani timoris ulla æstimatio est.*) Hoc loco † occurrit tacitæ objectioni. Diceret enim aliquis, semper creditoris interesse in solidam summam, quæ promissa est, fidejussorem habere. Etsi enim reus principalis solvendo est: fieri tamen potest, ut sunt humana, ut postea desinat esse solvendo. Respondet Celsus, vanum hunc esse timorem, si nulla nunc caussa præsens subsit, cur metuatur. Vani autem timoris nullam esse æstimationem, idest, nihili hunc æstimandum esse, nullum ejus rationem esse habendam, quasi non esset. Ex quo colligitur, quoties de damno, et eo quod interest, æstimando agitur, id damnum æstimari oportere, quod datum est: non id, quod postea possit contingere per rerum naturam, cujus tamen nulla adhuc subsit caussa. De quo apertius ea constitutione Justiniani, quæ est, de hoc genere, cautum est *L. unic. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, prof.* 1

Ait, *Verum sorte soluta,*) Hoc dicit. Quod diximus modo interesse petitoris, modo non interesse, habere fidejussorem; locum habet solum non est: verum forte soluta hoc ratum esse debet, quantum de sorte solutum est, tanto minus intererst creditoris, alium habere: quippe principali obligationis locus, *L. in omnibus speciebus: D. de solution. L. cum principalis, D. de reg. jur.* 5

Ad §. *Si quis.* ult.

Si quis promiserit prohibere se, ne aliquod damnum stipulator patiatur, et faciat ne quod ex ea re damnum stipulator habeat; facit quod promisit. Si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numerata condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

SUMMARIA.

1. *Promittentem alteri indemnitatem, si non fecerit quod promisit, in tantam pecuniam condemnari stipulatori, quanti istius intersit.*
2. *An in faciendi obligationibus, nisi fiat quod promissum est, faciendi reus in id quod interest, condemnari debeat.*
3. *Dubitandi ratio.*
4. *Solutio.*
5. *An reus factum omnino prœstare debet quod promisit, si modo possit; an si facere recuset, tantum in id quod interest condemnetur.*
6. *Auctoris sententia, videlicet ut si minime factum sit suo tempore quod promissum est, non tam factum, sed quod interest, sit in obligatione, pluribus demonstratur.*
7. *Contrariœ sententiœ argumenta refelluntur.*
8. *Summa rerum.*

1 Promisit quis † prohibiturum se, ne quid damni stipulator patiatur, id in superiori hipothesi ita potuit contingere, si adpromissor, qui pro reo principali promisit se satisdaturum, id ita fecerit, ut fieri adsolet, ut vicissim sibi a reo caveret fore, ne quod damnum ex ea promissione sentiret; consulto factum videri possit, cur has species Celsus conjungeret, utpote ad idem negocium pertinentes. Quæritur in hac specie idem quod supra, si forte promissor non faciat, quod promisit, id st, si quod damnum ex ea re stipulator sit passus, quod promissor non prohibuerit (finge stipulatorem qui pro reo satisdedit, dum cogitur solvere, coactum etiam mutuam pecuniam accipere sub gravissimis usuris; aut dum eam reperire non potest, bona ejus pignori capta esse, et vilissimo forte pretio distracta) hoc, inquam, si contigerit, quæritur quam ad rem promissor sit condemnandus? Et respondit Celsus idem, quod ante, promissorem in pecuniam numeratam condemnari; quod nihil aliud declarat, quam in id, quod interest, ut ipse exprimit, et in principio hujus responsi, et in *L. si Calendis, supr. eod.* Sed hoc prius æstimatur, ut supra dixi: tum quanti idest, in tantam pecuniam sit condemnatio, ut sit hæc pecunia æstimatio ejus, quod interest, idest, ejus damni, quod stipulator passus est.

Sic evenit in omnibus faciendi obligationi-
2 *bus.*) Hoc loco † sententia generalis nobis notanda est de obligationibus faciendi: in omnibus, si non fiat, quod promissum est, hoc evenire, ut reus condemnetur in pecuniam numeratam, æstimationem scilicet ejus, quod interest. Extat eadem sententia et in *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus, D. de verb. obl.* In quam, quia hic dicendi locus est, diligentius inquirendum videtur. Ea enim est ex omnibus, quæ certo jure traditæ sunt, quæ † maxime in dubium revo- 3
cetur. Nec abs re omnino. Cur enim is, qui se facturum quid promisit, non condemnatur, ut faciat, quod promisit, et quia promisit, debet, siquidem potest; potius, quam in id, quod interest, quod non promisit? Ita universi juris ratio est, ut non possit in pecuniam numeratam seu id, quod interest, condemnari, si id, quod interest, non debetur. Etenim si non debetur, nec peti potest, non est enim actio nisi ejus quod debeatur. *L. nihil. D. de obl. et act.* Si non petitur nec in judicium venit; ne in id quidem poterit reus condemnari: non enim in aliud potest condemnare judex, quam petitum est, nec ultra id, quod in judicium venit, potestas ejus excedere *L. 2. C. de fid. lib. L. ut fundus, D. com. divid.* Quid est autem; cum quid fieri promissum est, quod debeatur? an non quod promissum est, idest hoc ut fiat, quod est promissum? Plane hoc ipsum, ut videtur, non aliud. Nisi forte aliquid ex stipulatione deberi potest, quod in stipulatio-

nem deductum non sit, quod natura stipulationis non patitur, *L. quicquid, D. de verb. obl.* Et cur dicuntur quædam stipulationes consistere in faciendo, *L.* 2. *D. de verb. obl.* nisi hoc ipsum in obligatione est, ut fiat? Nam et aliæ in dando consistere dicuntur in quibus in obligatione hoc ipsum esse intelligitur, ut detur. Ex quibus efficitur, quia id quod interest, in stipulationem non veniat, eoque nec debeatur, ideo nec peti, nec in condemnationem deduci posse. Ergo, ut
4 de eo jam respondeam, † fateor hæc ita se habere, siquidem non debetur id, quod interest. Sed si debetur, utrunque contra eveniet, ut et peti possit, et quia petitum sit, in id quoque reus debeat damnari. De hoc igitur cognoscendum est, an debeatur id quod interest, postquam tantum temporis præteriit, intra quod fieri potuit, quod promissum est. Et sive hujus rei aliqua ratio constat auctoribus juris, sive nulla; certe hoc ab illis ita constitutum est, id quod interest, deberi. Sic enim scriptum est in *L. stipulationes non dividuntur*, D. de verb. obl. *Celsus tamen Lib.* 38. *D. refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Nun oportet dari, nisi quod debetur, constatque hanc condictionis seu actionis in personam, qua persequimur id, quod nobis debetur, hanc olim formulam fuisse, *si paret eum dare oportere*, §. sic itaque. *Inst. de act.* Sed fortasse id quod interest, promissum non est. Imo ideo debetur in faciendi obligationibus, quia promissum est. Inde in hoc genere stipulationum, id quod interest, in stipulationem venire, et stipulationem contineri dicitur, *L. si pœnam, L. quoties quibus. D. de verb. obl.* et semper venire, additum est in *L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. D. eod.* Huc pertinet quod dicitur in §. *ult. Inst. de verb. obl.* in faciendi obligationibus optimum esse pœnam stipulari, ne quantitas stipulationis incerta sit. Nempe ergo in his obligationibus versatur quantitas incerta. Et ut hunc esse intelligeremus, id quod interest et ita, ut idipsum ex stipulatione deberetur: ibidem additur postea, ac necesse sit actori probare, quod ejus intersit. Non esset necesse actori id probare, nisi intenderit id deberi ex stipulatione, nemo enim probare cogitur, quod non intendit. Ex eo vero est, ut et in hoc genere si promissor non facit, quod promisit, agi possit in id, quod interest. Quod, etsi priore illo posito sua sponta consequens est: tamen ne in eo etiam hæsitaremus, diserte positum est in *d. L. stipulationes non dividuntur*, §. *Celsus.* Cum enim dictum esset, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, hæc subjiciuntur. *Ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quæ Celsus ait, posse dici, justa æstimationem facti dandam esse petitionem.* Cui congruit, quod scriptum in L. 1. D. de act. empt. *Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur.* Quæ si ita sunt, nemo non mirabitur id hoc loco dici, quod est extremum, et superioribus illis consequens, reum nimirum, qui non fecit, in idipsum, quod actoris interfuit, condemnari oportere. At quomodo tandem in faciendi obligationibus id quod interest, promitti dicimus, cum verba stipulationis refragentur? Promisit quis se rem traditurum, insulam ædificaturum. De eo: quod interest, verbum nullum. Potest ne videri id in stipulationem venisse, de quo ne metio quidem facta sit? Nullo modo, ut jam dixi, ex *L. quidquid, D. de verb. obl.* Nos vero in faciendi obligationibus verba *faciendi*, non quidem aperte, sed vi et potestate verborum; vel verius voto et sententia stipulantium id quod interest, contineri, itaque in stipulationem venire dicimus sub conditione, si factum non sit, quod promissum est, intra id tempus, quod fieri potuit. Intelligendum est enim neminem sibi quid stipulari adeo tantum, ut id fit: sed hunc finem et mentem esse stipulantium, ut ejus facti utilitas ad eos redeat. Nam nisi id fieri eis utile esset: aut non stipularentur omnino, aut certe stipulatio esse inutilis. *Inventæ sunt*, inquit Ulpian. *stipulationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest.* L. stipulatio ista. §. *alteri. D. de verb. oblig.* Ita, qui, ut quid fiat, stipulatur, aut promittit, is verbis factum, re vera et cogitatione ejus facti utilitatem stipulari et promittere intelligitur. Nec ad rem pertinet, quod verbis id expressum non est: satis est, si intelligitur hoc agi, et stipulationem eo referri. Semper in contrahendo, et quidem in stipulationibus quod agitur, pro cauto habendum est. *L. cum quid. D. si cert. pet. L. triticum, D. de verb. obl.* Facti autem utilitas nihil aliud est, quam id, quod stipulantis interest, *L.* 2. *in pr. D. de eo, quod cer. loc. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem, D. de act. empt.* Proinde in faciendi stipulationibus vi ipsa et sententia contrahentium id, quod interest, contineri intelligitur: sed sub condictione, inquam, ut dixi; si factum non sit, quod promissum est: ut ab initio quidem intelligatur in obligatione esse ut fiat: unde et stipulatio dicitur esse in faciendo, *L.* 3. *D. de ver. obl.* posteaquam autem præteriit tem-

pus, quo fieri potuit, neque factum est, jam promitti intelligatur id quod interest. Itaque idem hic accidit, quod in illo legato: *heres meus penum dato; si penum non dederit, decem dato.* Nam hic si heres in penu danda moram fecerit, transfunditur legatum in decem, idest incipiunt jam sola decem deberi: quasi hæc fuerit conditio, sub qua deberentur, si penus soluta non esset: quæ tamen sic incipiunt deberi, ut penus usque ad litem contestatam sit in præstatione, *L.* 1. *D. de pen. leg. L.* 1. *§. item si ita, D. ad leg. Falc. L. cum sine, D. quan. di. leg. ced.* Eodem plane modo, et cum quid fieri stipulamur, proinde hoc accipitur, quasi stipularemur quid fieri, ac nisi id fieret, quanti interest, ut indicatur in *L. quoties,* 81. *D. de ver. obl.* Ideo postquam factum non est, quod debuit, transfunditur obligatio in id, quod interest, eadem illis lege scilicet, ut factum sit in præstatione usque ad litem contestatam idest ante id tempus faciendo promissor liberetur, *L. si insulam. D. de verb. obl.*

Quod si verum est confectum est illud, de quo fuit omnibus ætatibus inter interpretes
5. dissensio. In quo † quæritur an reus præcise cogatur facere, quod promisit: si modo id possit facere: an vero ne hic quidem teneatur nisi in id, quod interest. Nam si promissor id quod interest, jam statim a principio ex stipulatione debet, quia in stipulationem veniat, quia stipulatione continetur; haud dubie in præstando liberabitur, non sit actor velit, sed si velit ipse, qui offert: quoniam ita jus sit, solutione ejus, quod debetur, tollatur omnis obligatio. Quod mihi plane statuendum videtur, si nobis consentanea in hac re loqui, et veterum de hac re sententias audire volumus. Sed quoniam res est juris non adeo explorati, et difficile plerisque persuaderi potest, in faciendi obligationibus aliud debere promissorem quam quod verbis promisit, idest, factum: quo admisso consequens est, ut id quoque necesse habeat præstare, idest, ut cogi possit: quæ et ipsa sententia multos et graves defensores et olim habuit, et nunc habet: operæ precium est, de hac re tota paulo pluribus agere ut vera, judicio meo, sententia adversus aliorum dubitationes hoc loco a nobis, quod licet, statuatur. Controversia omnis in eo est, quod fieri debuit. Si quid enim debetur: hoc præstando necesse est debitorem liberari: si verum est, quod traditur *in princip. tit. quib. mod. toll. obl.* solutione ejus, quod debetur, tolli omnem obligationem. Si quid non debetur: non modo idoneus non est cogendus præstare: sed ne ab eo quidem peti potest; non est enim actio jus persequendi judicio, nisi ejus quod debeatur, *L. nihil, D. de obl. et act.* Ergo si probari potest, simul atque factum non est, quod fieri debuit, jam ad quod interest, seu pecuniam deberi, sive adhuc idem fieri possit: sive non possit si etiam hoc adjungetur, ipsum factum jam non deberi, sed solum id, quod interest: controversia, opinor, tollitur. Ego autem utrumque ita esse ex veterum juris auctorum scriptis nullo negocio demonstrari posse arbitror. De priore præstatione, pecuniæ nimirum, et ejus, quod interest, consideremus, si placet, quæ sint illorum receptæ sententiæ. Eas plane id dicere, quod primum posui, reperiemus. Ac generales quidem sunt hæ: *ubi quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportet,* dicta. *L. stipulationes non divid. verb. Celsus, D. de verb. obligat.* Item: *si res vendita non traditur, in id, quod interest, agitur,* L. 1. D. de act. em. Item illa, quæ hoc loco legitur: *in omnibus faciendi obligationibus hoc evenit, ut si non facit promissor, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur.* Nusquam in his omnibus exigitur ab illis, ut fieri non possit, quod promissum est. Unde intelligi debet esse contra illorum sententiam id exigere. Quæro enim, si eam conditionem intelligi oportuit, cur eam prætermiserunt? an quia minus longa sumenda erat illis oratio; illi autem brevitati consulebant? Atqui totidem verbis res exigi potuit, ut dicerent, si id fieri non posset, quod promissum est, pecuniam dari oportet. Quanquam nulla brevitas non vehementer reprehendenda, aut potius ridenda est, quæ res omittit necessarias, et rerum dispendio concinnitatem aliquam affectat orationis. An vero ex ea conditione, quæ in superioribus sententiis posita est, altera intelligebatur? At perspicuum est inter has conditiones, si fieri non possit, et si factum non sit, multum interesse. Quid igitur restat, nisi ut hanc posteriorem ideo adjecisse illos fateamur, quam quod illa ad rem non pertineret, intelligi volebant? Nisi forte cum esset necessaria: aut illi non intellexerunt esse necessariam; aut cum intellexerunt, consulto erroris objiciendi caussa omiserunt: quorum alterum non est jurisperiti; alterum etiam malitiosi et improbi scriptoris judicandum est, quos docere te similes, eos consulto in errorem ducere. Non tantum autem in eo peccatum est a veteribus, quod in suprascriptis enunciationibus necessariam conditionem prætermiserunt, siquidem ea fuit necessaria; sed etiam quod ea intellecta circumscriptionem minime ne-

cessariam ineptissime addiderunt. In faciendi obligationibus, ajunt, hoc evenit, ut reus condemnetur id id, quod interest. Demus hoc, sic accipiendum esse: si non possit fieri, quod promissum est; nemo jam negaverit hac conditione posita stulte additum esse, in faciendi obligationibus, quasi non idem sit in obligationibus dandi. Atque et in his ipsis, si res promissa post moram debitoris perierit: hoc idem evenit, ut reus in æstimationem condemnetur, *L. cum res.* 47. §. *ult. D. de legat.* 1. *L. in re, in princip. D. de cond. furt.* ut omnino ita in universum definiri debuerit: in omnibus obligationibus, si id quod promissum est, culpa debitoris amplius præstari non potest, pecuniam dari oportere. Sed apparet, veteres hac adjectione tradere aliquid voluisse, quod esset proprium obligationum faciendi. Atque hoc solum proprium in hoc genere, ut quamvis integrum sit id præstare, quod promissum est: tamen si semel factum non sit, pecuniam præstari oporteat. Quamobrem hoc sensisse illos, et voluisse fatendum est. Nisi vero dicemus hoc proprium esse faciendi obligationum, ut cum factum non est, quod promissum est, pecuniam quidem dari oporteat: sed hac conditione, si stipulator velit; alioqui factum ab eo exigi posse: cum in dandi obligationibus re perempta pecuniam omnimodo dari sit necesse, ubi res jam dari non possit. Sed hæc conditio, si stipulator velit, plane admitti non potest in ea pecunia, quam dicimus dari oportere. Id enim dari oportet solum, quod debetur. Quod si hic pecunia, de qua agimus, debetur: efficitur jure, ut hanc præstando debitor liberetur, sive stipulator velit, sive nolit. Non dubium est igitur, quin in superioribus sententiis, si modo non plane inepte et stulte eas conceptas volumus, hoc senserint veteres, quod verbis expresserunt: pecuniam nimirum dari oportere, simulatque præteriit tantum tempus, intra quod fieri potuit, quod promissum est, neque factum est, ut omnino nihil referat, utrum jam amplius id fieri non possit: atque id evenire in faciendi obligationibus; in faciendi, inquam, non in dandi obligationibus, quia in his posteribus, quandiu res extabat, hic debentur ipsa, non æstimatio. Sed hæc quia non diserte, ac conceptis verbis scripta sunt, sed ex more et usu bonorum scriptorum intelliguntur, ideo minus percipiuntur ab omnibus, iis præsertim, qui ad hanc rem præjudicium contrariæ sententiæ afferunt. Quapropter nihil admodum agitur, nisi doceamus hoc ipsum a veteribus nominatim ex facto responderi, si factum non sit, quod promissum est, venire et deberi id, quod interest, etiam tunc, cum quod ex promissione fieri debuit, natura adhuc fieri potest, ut ante. Declaratur hoc in *L. si poenam, D. de verb. obl.* exemplo ejus, qui se pecuniam crediturum promisit. De quo respondetur, si pecuniam non credat, teneri eum in id quod interest, idque ipsum contineri stipulatione. At quisquis est hic promissor, palam est eum non minus pecuniam credere posse, quod se facturum promiserat, quam pro eo, quod interest, pecuniam præstare. Item declaratur in *L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. D. de verb. obl.* In qua ita scriptum est, cum quis promisit se alterius nomine satisdaturum, *semper in hanc stipulationem venire, quod interest stipulantis.* Quid est *venire in stipulationem,* nisi ex stipulatione deberi, quid est *semper* nisi omnimodo, idest sive possit reus satisdare, sive non possit? Nam altero tempore si id, quod interest, non debetur, seu in stipulationem non venit, plus quam manifestum est, *semper* non venire. Ergo de pecunia, seu de eo, quod interest, in faciendi obligationibus apparet hoc veteres statuere, deberi ista tunc, cum factum non est, quod promissum erat: etsi maxime per rerum naturam idem adhuc liceat facere. Sed fortasse sola pecunia exinde non debebitur: verum una et illud in obligatione erit, ut promissor faciat, quod promisit: idque ipsum poterit stipulator ab eo exigere. Hoc vero ne quis ita fieri in hac re existimet, cognoscat jam et illud alterum, quod proposui sic in hoc genere deberi id, quod interest, ut debeatur solum: ipsum autem illud, ut ita dicam, *facere,* non deberi, quantumvis item adhuc præstari possit. Quod evidentissime confirmatur in *L. si insulam, D. de verb. obl.* Quid enim? an non illic proponitur, is promissor insulæ faciendæ, qui post litem contestatam paratus erat insulam ædificare: quam constabat per rerum naturam ab eo ædificari posse? At respondetur, eum ædificantem non liberari: quod certum argumentum est, id factum post litem contestatam in obligatione non fuisse, ac ne in solutione quidem: nam alioqui ejus solutione promissor quamvis invito creditore esset liberatus, ut jam sæpe diximus. Quod si post litem contestatam non fuit id factum in obligatione; non fuit ne ante litem quidem contestatam: litis enim contestatione ita deducitur in judicium, quod prius debebatur, ut non mutetur obligatio prior, sed confirmetur, *L. non solet. D. de*

reg. jur. Quibus bene constitutis jam quid sit consequens, apparet. Nempe hoc consequens est, et prius ut debitum recte peti atque ob eam caussam jure in condemnationem deduci; et posterius, quia non debeatur, contraria de caussa ab initio exigi non posse. Quod si quis his etiam certiora desiderat, doceamus, prope hoc diserte quibusdam in locis expressum esse, eum, qui se facturum quid promiserit, non cogi id facere, etiamsi possit, unamque hanc adversus eum condemnationem esse, ut damnetur in id, quod interest. Nam cum defensor satisdat, se dominum judicio defensurum, quantumvis possit defendere: tamen placet eum defendere non cogendum, sed satis esse committi adversus eum stipulationem ob rem non defensam, nempe in id, quod stipulantis interest. Hoc enim restat, idque ita scriptum est in *L. non cogendum, D. de proc.* Atqui de eo agitur, qui possit defendere: stulte quæreretur, an esset cogendus id facere, quod tamen eo loco quæritur. Sed de eo agi constat ex *L. mutuus, §. ult. D. eod.* quæ lex præcedit. Illic enim ex sententia Labeonis, quæ refertur, dicitur eum, qui ita satisdederit, cogendum esse judicium accipere, quod mutatur postea ex Sabini sententia in *d. L. non cogendum*, quod sine dubio, nisi in eum, qui possit judicium accipere, idest, dominum defendere, non cadit. Doceamus et illud, quod omnium maxime ad rem pertinet: etiamsi actionem adversus promissorem ad faciendum dederimus, constituerimusque eum ad id posse damnari: tamen ad eum cogendum nullas esse partes judicis, nullam rationem denique neque natura, neque jure proditam: ita omnino invitum cogi, etiam si velimus, non posse. Quod si ita est: nempe quæstio tollitur. Demus aliquem, qui jussus aliquid facere, recuset (nam de eo agimus) si velimus eum cogi, quomodo tandem consequemur? Vinculis scilicet, aut verberibus, aut multa cogetur, quis ædificare, aut pingere, qui hoc se facturum promisit. Primum hæc remedia in re pecuniaria non sunt comparata. Ordo juris est adversus recusantes debitores, ut condemnentur primum: post deinde pignora capiantur, et distrahantur, ut judicatis satisfiat ejus pecuniæ præstatione, quæ pecunia ex illa auctione redacta est. *L. negantes, C. de obl. et act. L. 1. C. de execut. rei judic.* Tum autem, ut hæc admiserimus: tamen fieri potest, ut his rebus promissor vinci non possit, ut faciat: mori etiam se malit, quam facere. Quid, quod debitorem in carcerem, conjiciendo facultatem operis perficiendi magis adimimus. Nec vero dubium est, quin illud sit, quod ex Sabino dicitur in dicta *L. non cogendum. D. de procur.* nullas esse prætoris partes ad compellendum defendere, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse. At in emptione saltem, dixerit aliquis, omnique stipulatione, ex qua rem tradi oportet, si res promissa non tradatur, paratum remedium est adversus recusantem, ut res ei auferatur: quia potest, et sic tradatur creditori; itaque ea etiam utemur, quia licet. Multo vero minus hoc remedium ad cogendum venditorem, promissoremve convenit, utpote quod sit creditori ad id consequendum, quod vult, inutile. Curabit judex rem emptori tradi, sed quid tum, si res in eum non transfertur? Hac enim conventione rem tradi, non continetur nudum factum tradendi, sed caussa bonorum, ut loquitur Ulpian. in *L. in conventionalibus, §. ult. D. de verb. obl.* idest, ut venditor sic rem in emptorem transferat, ut ea traditione dominium nanciscatur, aut usucapiendi conditionem. Porro hoc judex præstare emptori non potest: quia ipse non est dominus. *L. traditio, D. de acquirend. rer. domin. L. nemo plus, D. de regul. jur.* Cujus rei et illud argumentum est, quod adjudicationes, ex quibus dominium transfertur, in tribus tantum judiciis receptas legimus, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. *§. si familiæ, et duob. sequent. Instit. de offic. jud.*

Satis igitur probatum puto, eum qui facturum se quovis in genere faciendi quid promisit, præcise cogi ad faciendum, rebus etiam integris, nec posse, nec debere. Reliquum est, ut videamus, num satis sit caussæ in his, quæ contra afferuntur, cur ab hac sententia discedamus. Non enim profecto temere est, quod Bartolo et aliis plerisque eruditissimis hominibus aliud in hac caussa videatur. Ego autem nihil ab his satis idoneum contra afferri existimo. Ajunt æquum esse fidem servare. *L. 1. D. de pact.* Ajunt etiam aliud pro alio invito creditori solvi non posse, *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Ex quo effici volunt, faciendum esse, quod promissum est, si potest, pro eo autem pecuniam et id quod interest, idest, aliud pro alio præstari et iniquum et contra jus esse. Recte utrumque, siquidem prius probarent in faciendi obligationibus; cum factum non est, quod debuit, non deberi id, quod interest, sed factum duntaxat. Sed si in his debetur id, quod interest, idque ipsum continetur stipulatione ut supra multis ostendi-

mus: commutatur jam adversus eos superior ratio, idque efficit, ut quia pecunia debetur, et promissa est, ideo promissor hanc præstando, idest, id, quod debuit solvendo omni jure liberetur. Utuntur illi argumento rei vindicationis: in qua possessor, siquidem rem habet, ita jubetur rem restituere, ut etiam manu militari possessio ab eo transferatur, *L. qui restituere. D. de rei vindic.* Addunt restitutionem ejus operis, quod adversus nunciationem factum est: de quo ita agitur, ut opus destruatur, *L. prætor. §. 1. D. de oper. nov. nunc.* Sed hæ species potius adversus illos valent. Nam in his caussis, ut quis cogatur præcise facere, quod petitur, propria et singulari ratione constitutum est. Ideo non est producendum ad consequentias, *L. quod vere, D. de legib.* Nam in rei quidem vindicatione dominus est, qui petit. Hæc res una cogit efficere, ut si fieri possit, transferatur in eum possessio: cum sit iniquissimum, cuiquam rem suam auferri, aut adeo cogi eum, quod velit receptum, vendere. *L. 2. D. de iis, qui sunt sui vel alieni jur. L. si servos, in fin. D. de pign. act. L. non enim, D. rer. amot.* versatur præterea in ea restitutione jussus et imperium judicis. Animadvertendum est enim omnem actionem, quæ pertinet ad restitutionem alicujus rei, esse arbitrariam, idest, eam, in qua prius arbitratur rem restitui, ac nisi arbitrio pareatur, sequitur condemnatio *d. L. qui restituere. D. de rei vind.* Quare pertinet hoc ad auctoritatem magistratus jussum vel suum vel judicis a se dati tueri, et manu etiam, si res postulet, extra ordinem exsequi. *Arg. L. 3. D. ne vis fiat ei, qui in pos. mis.* Cum hoc fieri posse æquum et utile est: tum vero rei conditio admittit, ut possit per judicem transigi. Desiderat enim ea translatio naturalem tantum possessionem: quæ vel a privato quovis tradi potuit, nedum a judice. Non enim sententia judicis quidquam juris in dominum transfert; sed id, quod fuit, declarat *L. ex diverso, §. 1. D. de rei vind. L. sicuti. §. sed si quæratur. D. si serv. vind.* Diversa omnia in actione in personam, in qua de re nobis debita agimus. Nam quoniam debitam petimus, alienam petimus: sed sine injuria actoris, apud eum, unde petitur, ut dominum manere potest, et vero eo invito sine ipsius injuria in alium transferri non potest, nisi prius fuerit pignori obligata et solemniter distracta, *L. id quod nostrum, D. de reg. jur.* Tum autem judex eam creditori tradendo hoc illi præstare non potest, quod desiderat. Dominium enim in se transferri vult. Hoc judex non potest transferre, qui dominus non est, ut jam dixi. Nam quod attinet ad restitutionem ejus operis, quod adversus nunciationem factum est: non mirum, si Prætor id jubet destrui. Constat enim id opus fieri contra edictum Prætoris; ut appareat Reip. interesse ad asserendam auctoritatem magistratus, id opus adversus ejus imperium non extare, eamque ejus destruendi unam caussam esse judicatur in dicta *L. prætor, §. 1. D. de oper. nov. nunc.* Nihil igitur in his caussis cum faciendi obligationibus simile, ac non valde abhorrens. Movet etiam illos, quod de procuratore actoris scriptum est in *L. sed et eæ, §. ult. D. de proc.* Compelli videlicet hunc dominum, cujus nomine agit, defendere, nec sufficere ob rem non defensam stipulationem committi. Id vero exemplum neque congruit, neque si congrueret, quidquam illos adjuvat. Non convenit, ut dixi, exemplum. Qualis est enim ea defensio, quæ a procuratore actoris exigitur: utrum debita, an non debita? Nullo vero modo debita (non enim ab eo promissa est) sed ea, quæ tanquam conditio exigatur ab eo, ut qui edicto prætoris admittatur ad agendum hac conditione, si dominum defendat. *L. servum, §. ult. D. de procurat.* Quo fit, ut nisi prius domini nomine judicium suscipiat, actio ei ex edicto denegetur: quia conditione edicti non pervenit, inquam: non quia quidquam promissum, aut a se debitum præstet. Nos de faciendi obligationibus agimus: in quibus non eadem necessitas imponatur faciendi, quod promissum est, quia id actum sit ut ejus facti utilitas stipulatori præstaretur: quæ necessitas imponitur implendæ conditionis ei, qui ex conditione adjecta aliquid velit consequi. Hæc ita esse certum argumentum habemus in procuratore rei, a quo eadem defensio postularetur. Quia enim is promittit, se dominum defensurum, eoque hæc defensio ab eo tanquam debita exigitur; ideo in eo regula supra scripta, quam posuimus de faciendi obligationibus, constanter retinetur; ut quamvis possit dominum defendere; tamen placeat non defendentem in id solum quod actoris interest, damnari, ut supra docuimus ex *L. non cogendum, D. de proc.* Demus tamen ex faciendi obligatione eodem modo cogi promissorem ad faciendum, ut cogitur procurator actoris dominum defendere: tamen exemplum nihil pro contraria sententia facere reperietur. Nam nec procurator iste præcise dominum defendere cogitur: pœna enim defendenti procuratoris non hæc est, ut in jus ducatur, et illic extorqueatur ab invito, ut actoris no-

mine judicium suscipiat: quod nec fieri potest, si apud se constituerit, aut latitare, aut præsens tacere: sed hæc pœna est, inquam, et sola, ut denegetur actio, *L. mutus*, §. *pœna*, *D. de proc.* Quo fit, ut non agendo evitet defendendi necessitatem. Sed plerique certissimum contrariæ sententiæ firmamentum sibi constitutum se habere putant in § *aliæ*, *Inst. de donat.* Illic scriptum est, donationem itidem ut venditionem, utranque pariter necessitatem in se habere traditionis. Quibus verbis certius putant, hoc exprimi, venditorem præcise cogi ad tradendum. Sed non recte, ut ex innumeris locis convinci potest, ac præcipue ex ejus ipsius loci manifesta sententia. Nam sub titulo *de edendo* plus quam frequenter dicitur, argentarius alias cogi, alias compelli edere: quod plus est, quam necesse habere. *L. prætor*, §. *is etiam*, *L. si quis ex*, §. 1. *D. eod. tit.* et tamen alibi scribitur, nisi rationes edat, nisi rationes edat, non aliter eum eo agi, quam ut præstet, quod adversarii interest, *L. ubi*, *D. eod.* Et ne discedamus a venditione, scriptum est in *L. ex empto, in pr. D. de act. empt.* venditorem rem ipsam præstare, et tradere oportere: quod nihil aliud declarat, quam illud, quod apud Justiniam est, venditorem necesse habere rem tradere. Et tamen paulo post in *eod. L.* §. *item ait*, scriptum est, non tradentem venditorem in id, quod interest, condemnari. Unde intelligitur, quod dicitur, venditorem necesse habere rem tradere, et quod idem est, venditori necessitatem imponi traditionis, id sic accipi debere; nisi velit condemnari. Ut necessitas hic intelligatur ea, quam alii necessitatem consequentiæ, Cicero *Lib. 2. de invent.* necessitatem cum adjectione vocat. Res sic habet: venditori necessitas imponitur traditionis, idest ita tenetur rem tradere, ut non liberetur, nisi tradiderit; ideirco non dicimus, non tradentem non liberari, sed et teneri eum, et ob eam caussam damnari oportere. Sed quæritur ad quid teneatur, et ad quid condemnari debeat, utrum ad rem tradendam, an in pecuniam numeratam? Nos vero de eo, quod apud Justinian. omissum est, ex certis et notis locis respondemus, damnari eum in pecuniam numeratam, sive in id, quod interest. *Si res vendita non tradatur*, inquit Ulp. *in id, quod interest, agitur*, L. 1. D. de act. empt. Item in *d. L. ex empt.* §. item ait. *Idem ait*, inquit *non tradentem, quanti interest, condemnari.* Et in *L. 4. C. de act. empt.* hæc verba sunt: *si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Et cur amplius dubitemus hanc Justiniani sententiam esse in *d.* §. *aliæ*, ut venditor necesse habeat rem tradere, vel certe id, quod interest, solvere si Justinianus ipse alibi necessitatem illam traditionis, de qua loquitur, cum hoc adjuncto accipiendam esse interpretatur? Id vero facit in *L. contractus*, vers. *adeo C. de fid. Inst.* ubi de ea necessitate loquens, quam et illic venditori imponi, ait, nominatim in ea hanc disjunctionem obligationis posuit, quam modo dixi. Quod ut non faceret; tamen in §. *aliæ*, aliud esse Justiniano necesse habere, rem tradere, et aliud, rem extorqueri invito, seu præcise cogi facere, vel ex verbis ipsis ejus loci nullo negocio intelligi potest. Illic enim generaliter, ut de donatione, sic de omni emptione definit Justinian. habere eas in se necessitatem traditionis, quod apparet non solum de his venditoribus dictum esse, qui rem venditam apud se habent: et de his qui non habent, nempe de omnibus. Ita si necessitatem habere traditionis sic illic interpretabimur, ut possit res auferri venditori, sive, ut præcise cogatur tradere: dicendum erit etiam, qui rem non habent, eos præcise cogendos esse ex Justiniani definitione: quod absurdum esse, vineam vel eorum, qui contra scollunt, confessione. Necesse est igitur, ne in his quidem venditoribus hanc interpretationem accipi posse, ut possit eis res auferri: quia hæc oratio, *necessitatem in se habere traditionis*, cum communiter ad utrunque genus venditorum referatur; non possit nisi una et communi significatione, quæ pariter utrique conveniat, ad utrumque referri: Arg. in *L. 4. in pr. ver. sed si aliter, D. de vul. et pub.* Ex quibus nunc judicari potest, quid hic afferant contrariæ sententiæ defensores, quo nobis veram, ut existimo, et tot modis et locis confirmatam sententiam extorqueant. Quare, ut hunc † locum 8. jam concludam, constitutum hoc sit, postquam in faciendi obligationibus, continetur obligatione id, quod interest, cum factum non est, quod fieri debuit; recte dici eum, qui id præstet, præstare quod debet, itaque eo modo, vel invito creditore, liberari; ut consequens sit aliud ab invito debitore exigi non posse: eadem ex re effici, ut id tanquam debitum peti possit, et debeat; et re in judicium deducta non in aliud quam in id, quod interest, debeat reus condemnari. Si in hac sententia auctoritas scripti juris quæritur, loci minime dubii in medio sunt,

quibus traditur, si factum non sit, quod promissum est, præstandum esse id, quod interest. Si caussa hujus sententiæ spectatur; non tantum hæc justa est, et quæ ex mente contrahentium ducitur: sed etiam necessaria est: non enim potest quisquam cogi, ut faciat, quod nolit, neque porro, si non vult, aliud superest, nisi ut Iis adversus eum æstimetur. Ratio juris hæc efficit, siquidem id, quod interest, obligatione continetur. Etenim secundum regulam Juris, unusquisque solvendo quod debet, liberatur. Si quid auctoritas interpretum ad rem facit, doctissimi veterum et iidem ex omnibus cordatissimi habiti, in hac sententia fuerunt, Joannes, Azo, Hugolinus et qui ab Accursio commemorantur ad *L.* 1. *D. de act. empt.* Nibil igitur videtur, cur eam non retineamus.

Ad L. *Quod jussit.* 14.

Idem *Libro XXV. Digestorum.*

Quod jussit, vetuitve prætor, contrario imperio tollere et remittere potest, licet de sententiis contra.

S U M M A R I A.

1. *Quod jussit vetuitve prætor extra sententiam tollere et mutare: minime sententiam rescindere nec mutare potest, et quare* et n. 7.
2. *Quid sit sententia; et ea quæ jubet aut vetat prætor extra sententiam cujusmodi sint.*
3. *Quandiu prætor ea tollere ac mutare potest.*
4. *An et sine caussa mutare potest.*
5. *Num cogi possit, si adest caussa.*
6. *Quod paratum remedium, si hic in re judex injuriam faciat.*

Quæsitum est, an quod jussit, vetuitve prætor, et omnino quodcunque semel statuit, id possit contrario imperio mutare, ut ei quod posterius statuerit, stetur. Distinguit
1 † hoc loco Celsus ad hanc sententiam, ut si quidem (1) jussit, aut vetuit non sententiam ferens, id contrario imperio tollere, et remittere possit: sin sententiam tulit, hanc non possit rescindere, aut mutare, non magis quam quivis alius judex, de quo dicetur postea ad *L. Paulus.* 42. Scribit quidem ille hoc loco sine distinctione, prætorem tollere posse, quod jussit, vetuitve: quæ verba etiam ad sententiam pertinet, et hanc quoque mutari, et rescindi posse significant: siquidem verba hæc tantum sequimur. Nam et in sententia prætor jubet, aut vetat. Si condemnat, jubet reum solvere, si absolvit, ab eo peti vetat. *L. quid tamen.* §. *si arbiter. D. de recep.* Sed ex eo, quod de sententiis subjicit, quid præcedentibus illis verbis sentiat, apparet. Aut enim jussum opponit sententiæ: quod si fit, intelligere licet verbum *jussus* restringi ab eo ad ea, quæ extra sententiam jubentur: alioqui male ista opponeret, atque etiam contradicere intelligeretur: aut, quod est verius, id quod prius generaliter dixerat, temperat sequentibus verbis, quasi ita diceret: quod jussit, vetuitve prætor, contrario imperio tollere potest: sed hoc admittendum est, in cæteris jussis prætoris; in sententiis contra sentiendum est. Utroque modo introducitur, statuiturque ea distinctio, quam modo dixi † 2
Sententia est pronuntiatio judicis, quæ litem finit. *L. qualem,* §. *dicere, D. de recep.* Quæ autem jubet, aut vetat prætor extra sententiam? siquidem in judicio jubet, ea sunt, quæ pertinent ad caussæ præparationem. *d. L. qualem, in fin. idest,* ad caussam aut cognoscendam melius, aut citius transigendam; quod genus sunt hæc: cum jubet aliquod

(1) De hac interlocutoriæ revocatione et ut judex errorem corrigere possit. Vid. Bron. 4. *Enant.* 19. Rulant. *P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 14. *n.* 18. Moller. 4. *Semestr.* 1. *n. et seq.* Asin. *de Execut.* §. 3. *C.* 150. *et C.* 240. Damh. *Praxi civ. Cap.* 146. Monter. *decis.* 3. Quando et quibus casibus revocari nequeat Corset. *sing.* 292. et 4. *seqq. et* Concenat. *Lib.* 1. *Q.* 2. *n.* 5. *et seqq.* Vaud. *Lib.* 1. *Q.* 49 refellens eos qui putant pro arbitrio revocari posse.

instrumentum edi: litigatori adesse Idibus,
aut certo loco: tot testes produci, sive his
denunciari testimonium. Si extra judicium
jubet, ut postulanti in re aliquam jussum
integrum servetur. Cujus generis est, cum
jubet opus novum nunciari: cum jubet ca-
veri damni infecti nomine. Ex quibus quæ
sunt prioris generis, non modo tollere præ-
tor potest, qui ea jusserit: sed etiam pri-
vatus quivis judex, qui eadem fecerit; nam
et hoc arbitro liceret, *d. L. qualem, §. ult.
de recep.* Nec injuria. Est enim judicis om-
nia facere, quæ ad caussam melius cogno-
scendam et citius transigendam pertinent,
quo litigatoribus sine fraude alterutrius cé-
lius consulatur. Finge eum aliquid jussisse,
aut vetuisse ad eam rem, quod postea com-
pererit, aut ad rem non pertinere, aut
progressum litis sive caussæ impedire; de-
nique non expedire ita fieri. Pertinet vi-
delicet ad ejus officium id continuo mutare:
ne quod ex usu litigatorum constitutum
erat, id contra ejus consilium in eorum
pernicem convertatur; contra *L. nulla, D.
de legib. L. quod favore, D. eod.* Quæ sunt
posterioris generis, et hæc quoque prætorem
mutare posse constat. *L. si opus, D. de op.
no. nunc. L. pen. D. de prat. stip.* Ideo
autem potest, quia cum ea statuantur, ad
jus futurum postulantis conservandum, est
æquissimum, sive ea non esse satis ad eam
rem, sive jam non necessaria videbuntur, ea
3 tolli. Quandiu † autem judex, aut prætor
hæc mutare potest? Quandiu (2) res erit
integra: idest, quandiu factum non erit,
quod jussit, et quandiu, quod vetuit, fieri
potest. Quoties autem poterit? Nempe quo-
ties e re esse videbitur. Quod si caussa non
sit, cur tollat prætor, quod jussit vetuitve?
4 Si sine † caussa mutat, quod recte jussit,
non recte facit. Sed tamen si facit, facit cum
imperio et potestate sibi tributa, ideoque
tam id ratum est, quam quod initio jus-
sit aut vetuit. Quæ omnia eo defendun-
tur, quod hic nihil distinguitur in mutan-
5 di potestate. Quod † si postuletur a judi-
ce, ut quod jussit, mutetur et caussam
esse probetur: an mutare cogendus est.
Et cum dicatur hoc loco eum tollere pos-
se, quod jussit; hoc verbo posse, satis ad-
monemur eum posse tollere, si velit: si no-
lit, non esse cogendum, *L. 1. C. quom. et
quan. jud. L. sæpe. et L. seq. D. de off.
præ.* Quid ergo, an † impune in his rebus 6
judex aut magistratus iniuriam faciet, vel
hæc tollendo, ubi non oportet, vel non tol-
lendo, ubi æquum est? Minime, sed adver-
sus iniuriam paratum est remedium appel-
lationis, quæ appellatio de iis, quæ extra
judicium jussit magistratus, statim interponi
potest, de iis, quæ jussit in judicio, non
ante sententiam, quam appellamus definiti-
vam. *L. penult. C. quor. ap. non rec.* Sed
cur minus licet prætori sententiam mutare, 7
quam quod jussit statuitve ante sententiam;
cum sit boni judicis semper æquum statuere
et quod non recte constitutum est, id mutare
in melius. Duplex caussa est, una quod sen-
tentia lata judex esse desinit; ut quamvis
æquum sit, aliquid statuere; tamen non pos-
sit statui ab eo, qui judex non est. Altera,
quod sententiam judex fert caussa cognita,
quæ res facit, ut suspectum esse debeat,
quicquid postea constituerit. Sive enim an-
te recte statuit, vel ipso auctore id mutari
non debet: sive inique, ideo, quod postea
dicit, valere non debet, quia verisimile sit
eum, qui de improbitate prioris judicii, aut
imperitia sua fateatur, nihilo meliorem aut
religiosiorem in posteriore sententia futurum.
Quorum nihil in iis dici potest, quæ sine
judicio et sententia statuuntur. Non enim
qui aliquid jubet, quod ad præparationem
judicii pertineat; ideo judex esse desinit:
aut, qui jubet, tanquam magistratus: ideo
magistratus amplius non est: sed nec quic-
quam istorum jubetur, aut vetatur, ut per
hoc ab omni lite discedatur: sed quia id pro
tempore et ex re nata putatur ad utilitatem
et commoditatem judicii aut ad juris futuri
tuitionem pertinere.

(2) Quidam tamen interlocutoriam etiam, postquam executioni mandata est, revocari, Bover. *Sing.* 63, *n.* 20. Quod Corset. *d. Sing.* 292. non admittit, nisi ex consensu partium. Sane et post decendium lapsum recte rescindi convenit. Vulgatum enim est in rem judicatam transire quoad partem, non quoad judicem, Bover. *d. Sing.* 63. *n.* 16. Moll. 4. *Sem.* 5. *n.* 12.

Ad L. *A Divo Pio.* 16.

Ulpianus *Libro III. de officio consulis.*

SUMMARIUM.

1. *Tractandarum rerum partitio et ordo.*

Quod sæpe jam dictum est, judicatus pecuniam solvere jubetur: nisi solvat, judicati actio in eum constituta est, qua in hoc agitur, ut judex actionis pignoribus captis et distractis judicatum exequatur. *L.* 4. §. 1. *sup. eod. L.* 2. 3. *et ult. C. de exer. rei jud.* De hoc executione tractatur hoc loco. Continet autem disputatio Ulpiani quatuor capita. Primum, qui sententiam exequi possint, aut non possit. Hoc *in princ.* §. 1. Secundum, quæ sit forma executionis, hoc in §. *in venditione. et* §. *sic quoque.* Tertio, quæ res in venditione pignorum incidere soleant, quæ venditionem et executionem remorentur: et in bis quod sit officium judicis rei judicatæ. Hoc in §. *si pignora, et duobus seqq.* Postremum quibus peractis rebus finiatur executio, et cessent partes judicis, qui sententiam exequitur. Hoc in §. *si poss. et* §§. *seqq.*

Ad Principium.

A Divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut judicium a se datorum, vel arbitrorum sententiam exequantur ii, qui eos dederunt.

SUMMARIA.

1. *Arbitrorum datorum sententiæ eandem judicati vim habent, ac quæ proferuntur a magistratu.*
2. *Arbitrorum nomine qui veniat hoc loco.*
3. *Sententias tamen suas exequendi potestatem non habent arbitri seu judices dati et quare.*
4. *Nisi judex sit datus a principe.*
5. *Solos magistratus exequi sententiam posse aut suam aut judicium a se datorum.*

Hic proponitur rescriptum, ex quo intelligi potest, qui possint sententiam exequi, qui non possint. Quatuor autem continet.
1 Nam primum † cum jubet ut sint, qui judicum datorum vel arbitrorum sententiam exequantur, declarat judicum, aut arbitrorum datorum sententias non minus vim judicati habere, quam cujusvis magistratus, quod el judicatur in *L. ait. sup.* Non enim arbitros
2 † hic intelligere debemus arbitros ex compromisso sumptos, quorum sententiam certum est auctoritatem judicati non habere. *L.* 1. *C. de rec. arb.* quod et verba rescripti satis probant, cum arbitri hic nominantur, qui a magistratu dati sunt. Arbitros namque compromissarios nemo dat sed ipsi sua sponte cognitionem suscipiunt. Arbitri hic dicuntur ex usu veterum, judices bonæ fidei judiciu addicti: qui inde sic appellantur, quod in his judiciis libera potestas judici detur arbitrandi, æstimandique, quid alterum ex litigatoribus alteri ex æquo et bono præstare oporteat. §. *in bonæ, Inst. de act.* Sic arbiter nominatur in *L. pro socio. D. pro soc. L. ut fundus. D. com. divid.* ut unum aut alterum locum indicem ex innumeris, quos si requiret, suppeditabit Brissonius in lexico. Deinde cum rescriptum jubet, ut † 3
alii sententiam exequantur, quam judices dati: declarat judicum datorum sententias

ita valeat, ut tamen (1) ipsi eas exequi non possint. Quod quidem fuit juris certi. Constat enim hos jurisdictionem non habere; sed notionem duntaxat, ut diximus ad *L. 5. sup.* Est autem hoc jurisdictionis sententiam suam exequi: quod et ibidem attingimus. Hoc loco nobis
4 accipiendus est (2) judex a principe datus, de quo etsi nihil aperte in libris nostris scriptum est: tamen non dubia argumenta mihi esse videntur, quibus efficitur, hunc sententiam suam exequi posse, neque necesse esse rem ad Principem referri. Primum enim judicem in ea caussa, in qua datus est, jurisdictionem habere argumento est, quod judicem in ea caussa dare potest, *L. a judice, D. de judic.* Hoc enim jurisdictionis est judicem dare, idest: ejus solum, qui habeat jurisdictionem. *L. 3. in fin. D. de jurisd.* Nulla autem jurisdictio sine potestate coercendi et exequendi, ut *Lib. 17.* docuimus. Tum autem hic locus ostendit, eum qui judicem dare potest, ut qui a principe datus est judicis a se dati sententiam exequi posse, et debere. Si potest alienam sententiam, multo magis poterit suam. Verumtamen ne magnopere laboremus, hæc sententia confirmata est jure Pontificio in *C. pastoralis et C. postulasti, extr. de off. et pot. jud. del.* Jam cum addit rescriptum, eos, qui judices dederunt, sententiam exequi debere, satis
indicat solos magistratus sententiam suam vel alienam exequi posse. Solus enim judicem dare potest, qui magistratus est, aut ejus jure fungitur, *L. cum qui, D. de jurisd. L. cum prætor, D. de jud.* Postremo iisdem verbis declaratur id; de quo fortasse solo dubitatio fuit, non quosvis magistratus sententiam posse exequi: sed eos solum, qui aut ipsi judicaverunt, aut qui judices dederunt; illos quidem suam; hos vero judicum a se datorum sentiam: unde intelligitur eos magistratus, qui neque judicaverunt, neque in ea caussa, de qua agitur dederunt judicem, etiam judicatum exequi non posse. Quod interdum secus est, quod in *§. sequenti* subiicitur 5

(1) Quia potestas judicis dati sententia prolata finitur, et officio suo is functus est, *L. judex 55, h. t. et simil.* Audi Pacm. *Lib. 1, de Jurisd. d. Cap. 27. n. 44.* Matth. Steph. *Lib. 1. de Jurisd. Cap. 16. n. 37. et* Scip. Gentil. 2. *de Jurisdict. 24. p. 324. et seqq.* qui argumenta contra sententium refellit. ubi vide. Dissentit post alios P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 16. putans eam solum exsecutionem, quæ fit manu militari, non concedi judici, sed fieri per Ordinarium habentem notionem caussarum meri imperii. De judice ad exsequendum dato, seu delegato cui exsecutio commissa, vid. Scip. Gentil. 2. *de Jurisdict.* 31. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. P.* 2. §. 3.

(2) Quod confirmat Cujac. 12. *Observ.* 1. quia exsecutores et apparitores proprios habet. *Constit. Zenonis ex Basil. restituta. L. penult. Cod. de fruct. et lit. expens. et* Scip. Gentil. *d. Cap. 28. pag. 327. et seq.* Dissentit Duar. *ad L. 15. pr. h. tit.* Menoch. 1. *Arbitr. Quæst. 74. n. 49. et seqq.* Qu. et *d. Q. 74.* de alterius delegati exsecutione tractat.

Ad §. *Sententiam.*

Sententiam Romæ dictam, etiam in provinciis posse per præsides, si hoc jussi fuerint, ad finem persequi, Imperator noster cum patre suo rescripsit.

SUMMARIA.

1. *Interdum tamen Magistratus sententiam alienam exequi debet, jussus a principe.*
2. *Sententiam alienam exequi Magistratus jubetur, cum alius suam sententiam aut judicis a se dati exequi per se non potest.*
3. *Et Quando hanc exequi non possit.*

1 Interdum, inquam, magistratus, quamvis nec judicaverunt, nec judicem dederunt, alienam sententiam exequi possunt. Hoc enim est, quod hic dicitur, sententiam Romæ dictam, puta a magistratu urbano, ut Prætore, aut a judicibus ab eo datis, posse præsides, nempe magistratus provinciales in provinciis ad finem persequi. Sed hac conditione, si præsides jussi fuerint. A quo vero jubebuntur? Utique non a magistratu, qui sententiam dixit, aut judicem dedit. Nam superiores magistratus, aut pari imperio qui sunt

cogi non possunt. *L.* 4. *D. de recept. L. ille a quo*, §. *intempestivum*, *D. ad Treb.* Quid, quod magistratus extra territorium ne in privatum quidem imperium habet, *L. ult. D. de jurisd.* quanto minus in eum, qui aliqua potestate præditus est? Non me movet, quod in *auth. si vere, C. de adul.* cautum est magistratum acceptis ab alio magistratu literis debere, reum, qui in sua provincia sit, prehendendum curare, et mittere in eum locum ubi deliquid, et in quem revocatur. Nam ut omittam, quod de crimine id cautum est, cujus executio et vindicta ad publicam omnium utilitatem pertineat: illud in primis animadvertendum est, non magistratum, qui de crimine cognoscit, jubere alii magistratui, ut reum prehendat, aut prehensum promittat: sed Justinianum ipsum esse, qui constitutione sua hoc jubeat, quorum nihil simile in proposito specie. Ergo (3) ut alius magistratus sententiam exequi jubeatur, impetrabitur a principe. Semperne † vero alius magistratus juberi potest, ut sententiam ab alio dictam exequatur? Minime, sed ita demum, si is, qui judicavit, aut judicem dedit, sententiam ipse exequi non possit, idest, ei sit necesse alium sententiam exequi. Quandiu enim sententiam exequi potest is, qui dedit judicem, locus est superiori rescripto, quo cautum est, ut ii exequantur, qui eos dederunt. Tunc autem magistratus, qui judicem dedit, sententiam exequi non potest, cum judicati bona in alieno territorio sita sunt: frustra extra territorium, ut *L. argentarium*, §. 1. *D. de jud.* quidquam jubet magistratus. Proinde et illud frustra, ut pignora in alieno territorio capiantur, aut distrahantur, *d. L. ult. D. de jurisd. L. cum unus*, §. *pen. D. de reb. auct. jud. pos.* 2 3

(3) Ita Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 323. Goth. *ad d. L.* 15. §. 1. Aliter Duar. *ibid.* qui de litteris rogatoriis accipit, missis ad Magistratum alterius ditionis ut exsequatur, vocant litteras mutui compassus et subsidiales, vid. Rutg. Rulant. *de Invocat. utriusque brachii Cap.* 5. Goth. *d. loc.* Modest. Pistor. *Part.* 1. *Q.* 12. Leonin. 5. *Emend.* 21. Mynts. 3. *Observ.* 68. Quam petitionem a majori aut æquali potestate in exsequendis in aliena ditione sententiis antiqui moris exempli esse docet Bodin. *d. loc.* Quomodo laicus requisitus teneatur sententiam ecclesiastici judicis exsecutioni mandare; et vicissim hic illius, vid. Gail. 1. *Observ.* 115. Rulant. *d. Tr. de Invocat. utriusque brachii.*

Ad §. *In venditione.*

In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem res mobiles, et animalia capi pignori jubent, mox distrahi: quarum pretium si suffecerit, bene est: si non suffecerit, etiam soli pignora capi jubent, et distrahi. Quod si nulla moventia sint: a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique judices interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur: nam a pignoribus soli initium faciendum non est. Quod si nec quæ soli sunt, sufficiant: vel nulla sint pignora soli tunc pervenietur etiam ad jura. Execuuntur itaque rem judicatam præsides isto modo.

SUMMARIA.

1. *Ordo executionis.*
2. I. *Jussu magistratus res judicati capiuntur, et pignori sunt adversario* et n. 6.
3. *Hanc pignerandi rationem, genus esse prætorii pignoris.*
4. *Contraria sententia revincitur.*
5. *Pignus non fieri judiciale seu prætorium nisi captum sit, et hoc prætoris jussu.* et n. 2. et 4.
7. II. *Res in caussam judicati captas distrahi ut ex pretio creditori satisfiat.*
8. *Distrahi tamen post legitimum duorum mensium intervallum.*
9. *Item per officium Magistratus sub hasta.*
10. *In capione pignorum qui ordo servetur, et quam utrique partium sit utilis* et n. 12.
11. *Hoc idem ordo nec postulante creditore perverti potest a Magistratus cum incommodo debitoris.*
13. *An ordinem supra constitutum intervertere liceat creditore instante si non nocet debitori.*
14. *An hæc præsidis interlocutio: si moventia non sint, ut soli quoque capiantur, condictionem habeat quæ eam infirmet.*

1 Hic † traditur (4) forma et ordo executionis. Hujus partes sigillatim exequar. Princi-
2 pio (5) res † judicati magistratus pignori capi jubent, idest, capi res, quæ captæ pignori sunt adversario *L.* 1. *et* 2. *C. si in caussa jud.* Hoc genus † prætori pignoris 3
speciem esse scripsimus in commentario de pignoribus, *Titulo de pignore prætorio.* Quod

(4) Copiosi in prioribus libris fuimus, ideo in his ita non licet. De hac executionis materia, maxime de ordine ejusdem consuli possunt Rebuff. *in Constit. Reg. Tract. de sentent. exsecutor.* Ant. Sola *in Constit. antiq. Subaud. Rubr. de sent. exsecut.* Roderic. Suarez. *in Lectura L. post rem judicatam* 56. *h. t.* Joan. Bapt. Asin. *tr. de Exsec.* (licet hic pleraque aliena tractet) Matth. Coler. *Tr. de Process. exsec.* maxime. *P.* 3. *C.* 8. *et* 9. (ubi de forma procedendi super remediis exsecutionis affectuque ac utilitate) Parlador *lib.* 2. *Rer. quotid. C. fin. Part.* 2. *et seq.* Maranta *Speculi Parte* 6. *Abt. ult. et Disp.* 1. Monach. *Process. Parte* 18. Vests. *Lib.* 8. *Pract. aulæ Rom. C. ult.* Asin. *Praxi judic.* §. 31. Quibus addi possunt spartim Menoch. 1. *Arb. Q.* 38. *et* 74. *et* 98. *et* 2. *Arb. Cap.* 378. P. Frid. *Lib.* 2. *de Mand. jud. C.* 58. *et seqq.* Gœd. *in Clem. un. de Sequestrat. n.* 13. *et seqq.* Blarer. *in L. diffamari. C.* 11. Matesil. *Sing.* 59. 86. 136. *et ad tit. Cod. de exsec. rei jud.* Bover. *Sing.* 70. Guid. Pap. *Sing.* 69. Marsil. *Sing.* 138 Mynsing 3. *Observ.* 73. *ac* 4. *Obs.* 96. Wurms. *Observ. t.* 23. *et* Hart. Hartm. *T.* 20. Coler. *Decis.* 134. *et Cons.* 1. *n.* 284. *et seqq. et Cons.* 2. *tot.* Schurf. *Cent.* 1. *Cons.* 19. Guid. Pap. *Decis.* 26. *et* 181. Affl. *Decis.* 358. 362. 373. *et* 380. Peguer. *Dec.* 182. *et* 184.

(5) De hac pignorum captione præter alios pulcre Parlador. 2. *Rer. quotid. Cap fin. P.* 5. §. 3. Quid jure Sax. servetur, Vid. *Novell. Elect.* 32. *P.* 1. *ibique* Moller. Col. *de Process. P* 3. *Cap.* 9. *n.* 28. *et seqq.* Auctores *diff. jur. civil, et Sax. P.* 1. *Diff.* 45.

si verum est, cum ad naturam hujus ge-
neris exprimendam in primis petineat, vel
præcipue hoc loco tenendum est. Id enim
valet, pignus hoc tale esse, quod quamvis
capi jussum, non tamen constituatur, nisi
captum sit, idque non cujusvis judicis jus-
su: sed prætoris tantum, seu magistratus.
Ego vero in ea nunc permaneo, sententia
nec abs re. Nam cum Justinianus in *L.*
ult. C. de præt. pig. duo tantum faciat ge
nera pignoris, prætorium et conventiona-
le, profecto aut hoc de quo agimus, non
est pignus aut est prætorium. Nam con-
ventionale non esse, nemo ambiget. Est
autem pignus, prætorium igitur. Quidni
vero prætorium recte vocetur, quod pro-
ficitur a mero officio et jussu prætoris,
idest magistratus; uti et stipulatio dicitur
prætoria, quæ a vero officio prætoris profi-
ciscitur? *L. 5. D. de verb. obl.* Non enim
hoc genus pignoris capitur jussu judicis,
nisi sit et idem magistratus: si modo ve-
rum est, quod in principio hujus capitis
indicatur, solos magistratus, aut qui horum
vice funguntur, sententiam exequi posse.
4 Sunt autem, † qui hic a nobis dissentiam.
At quamobrem? Scilicet quia prætorium
pignus dicitur, cum quis mittitur in pos-
sessionem bonorum a magistratu. Quasi ve-
ro quidquam prohibeat prætoriis plures es-
se species: nempe id pignus, quod missio
in possessionem constituit, et id quod ca-
pitur in caussam judicati aut quasi efficia-
tur, quia prius illud prætorium est, ideo
hoc judiciale posterius, prætorium non esse.
Ego vero prius prætorium esse agnosco,
sed non solum, quod vel hinc liquet;
quod Justinianus in *L. 1, C. de præt. pig.*
pignus prætorium dari posse ostendit tam
super rebus mobilibus, et se moventibus,
quam super immobilibus. Plus quam au-
tem notum est, in possessionem mobilium
nos non mitti, sed immobilium. *L. 3. in*
fin. D. de acq. poss. At pignus prætorium
ex eo dictum est, quod constituitur jure
prætorio, idest edicto prætoris; hoc autem,
quod capitur in caussam judicati edicto præ-
toris non constituitur. Utrumque falsum est.
Nam primum non dici prætorium ex eo,
quod constituatur edicto prætoris argumen-
to esse potest pignus conventionale, quod
etsi sine voluntate contrahentium non con-
stituitur: non valet tamen, nec constitui-
tur, nisi edicto et jure prætorio. *De pi-*
gnore, inquit Paulus *jure honorario nasci-*
tur actio. L. si tibi §. *ult. D. de pact.* Ne-
mo autem nescit pignus conventionale non
esse prætorium. Cum autem etsi prætorium
inde dictum esse fateremur; tamen vel hoc
ipso et judiciale hoc, de agimus, prætorium
esse vinceremus. Fuit enim edictum, quo
prætor pollicebatur, judicati actionem in
hos, ut judicatus pecuniam solveret, aut
pignora jussu magistratus in eam caussam
caperentur, et distraherentur, ut diximus
L. 4. §. 1. L. miles, §. pen. et ult. supr.
Neque vero eo minus hæc pignora consti-
tuuntur edicto prætoris, quia dicuntur capi
extra ordinem in *L. pignora*, *D. de evict.*
Nam et eum manu inducitur qui in pos-
sessionem a magistratu, extra ordinem in-
duci dicitur in *L. 3. D. ne vis fiat ei, qui*
in pos. mis. est, quad tamen genus pigno-
rum istorum ipsorum definitione est præ-
torium. Differunt inter se pignus id, quod
quis missus in possessionem nanciscitur, et
id quod capitur in caussam judicati. Non
nego; sed nihilominus utrunque est præ-
torium, quod pariter non nisi jussu et im-
perio prætoris capitur et constituitur. Sed
de verbo non laborandum: dummodo † 5
constet judiciale, non alio modo constitui,
quam si captum sit; nec cujusvis jussu capi
et occupari posse, sed prætoris tantum et
magistratus, quod hic quæritur. Illuc redeo:
in † ordine executionis primum hoc esse, 6
quod magistratus jussu capiuntur res judi-
cati, quæ sint pignori victori. Sic enim ca-
piuntur hæ res ab officio magistratus, qui
illas capi jubet, ut sive tradantur victori,
sive asserventur ab officio, sive quod est usi-
tatum, apud sequestrem deponantur: pigno-
ris tamen nexus omni modo victori acqui-
ratur: utpote cujus nomine pignus occupa-
tum est. Unde et pignus in caussam judicati
captum a victore ipso occupari dicitur in *L.*
2. L. qui pot. in pig. hab. Etsi dicitur per
officium ejus qui ut caperetur, decrevit ve-
nundari solere, non per eum, qui judicatum
fieri postulavit. *L. 2. C. si in caus. jud. pig.*
cap. sit. Inde et possidenti illi earum rerum,
quæ ita captæ sunt retentio; et rebus amissis,
earum persecutio datur, ut quislibet aliis
creditoribus. *L. ult. C. de præt. dig.*

Rebus raptis hoc sequitur, in executione,
ut captæ † distrahantur, ut ex pretio rerum 7
venditarum credituri pecunia solvatur, quam
illi solvi prætor jubet. Ergo deinde distrahi
magistratus jubent. *Res capi pignori jubent*,
inquit Ulpianus, *mox distrahi. Mox* ita † 8
intelligendum est, simul atque per tempus
constitutum licet. Nam aliquod intervallum
jure civili intercedere oportuit inter pigno-
rum captionem et distractionem, ut signifi-
catur in *L. cum properas, C. de bo. auct. jud.*
poss. Aperte autem in hoc genere pignorum

vluo menses designantur in *L. debitoribus*.
31. *eod.* In his distrahendis, quæ sit forma
juris, ex aliis locis animadvertendum est:
non enim hic idem servatur quod in pigno-
ribus conventionalibus. Nam pignus quidem
conventionale creditor jure suo per se vendit
et traditum ex ea caussa in accipientem
transfert. *L. non est novum. D. de acq. rer.
dom: L. si cessante. C. de distr. pig.* Pignus
9 autem in † caussam judicati captum non
per creditorem distrahitur, ut paulo ante
dixi, sed per (6) officium magistratus, qui
capi jussit, *L.* 2. *C. si in cau. jud.* per offi
cium, idest, per apparitores magistratus sen-
tentiam exequentes: quibus verbis hanc exe-
cutionem Ulpianus expressit in *L. si pignoræ,
D. de evict.* Distrahuntur prælerea res pu-
blice (7) sub hasta, ut indicat *L.* 3. *C. de
de exec. rei jud.* idest, eo loco, ubi de more
res publice venum exponi solent, et pluris
licitantibus addici.

Atque hæ duæ partes summæ sunt execu-
tionis, earumque hic ordo, et forma, quam
dixi: sed quarum in singulis hoc etiam spe-
ctetur, quo † ordine res quæque capiuntur
10 pignori et distrahantur, quod præcipue hic
docet Ulpianus. Ergo quæ res capiuntur et
distrahuntur in caussam judicati, non pro-
miscue capiuntur, ut quæque res primo oc-
currit: sed in his capiendis certus hic ordo
servatur. Primum jubentur capi res mobiles
et in his primum animales. Si autem hæ
nullæ sint, aut distractæ non sufficiant, (8)
pervenitur ad jura, idest ad nomina, de qui-
bus plenius dicit in *§. sic quoque. infr. eod.
L.* Quæ cum omnia observentur in executio-
non abs re esse apparet, cur nominetur ab
eodem in hac re ordo executionis in *L.* 4. *§.
si ex conventione. supr. eod.* Quæsitum scio † 11
num hunc ordinem magistratui contemnere
liceat, saltem postulante creditore, et unde
commodum creditori videbitur, inde initium
capiendi et distrahendi facere. Quod (9) qui-
busdam videtur, quasi totum hoc quod per-
tinet eo ut creditor suum consequatur, vide-
ri debeat ipsius creditoris caussa constitutum
ut eo utatur, si velit: si nolit, non sit adver-
sus eum observandum. *L. nulla. D. de legib.
L. quod favore. C. eod.* Sed perspicuum est
ex hoc loco, ita esse hunc ordinem constitu-
tum, ut eum magistratui nec postulante cre-
ditore (10) pervertere liceat. Ait enim Ulpia-
nus, a pignoribus soli initium faciendum
non esse. Proinde si judex executionis, sive
executor contra hunc ordinem faciet, jure
ab eo appellabitur, *L. ab executione, C. quor.
ap. non rec.* Est vero id non † sine manifesta 12
utilitatis ratione comparatum. Nam cum de-
bitori expedit, hunc ordinem servari; tum
vero ita creditori is ordo non nocet, ut in
rem quoque ejus non minus esse videatur.
Res mobiles primo loco rapiuntur, nec nisi
his non inventis pervenitur ad res soli. Est
hoc quidem sine ulla dubitatione in rem
debitoris id ita fieri, cui (11) mobilium re-
rum distractio minus damnosa est, quam

(6) Vid. Phil. Broidæ. *in Suppl. ist. fori* Polletti *Lib.* 5. *Cap.* 13. Exsequendi judicati caussa erant in officio præfecti prætorio, qui ταξιῶται apparitores cornicularii. *L.* 2. *C. de prox. scrin.* Joach. Steph. 3. *de Jurisdict. Judæ. Græc. etc. n.* 14. De litteris exsecutorialibus quæ in Camera decernuntur, Vid. Gail. 1. *Observ.* 113. Myns. 6. *Observ.* 24.

(7) De subhastationibus plures auctores citavimus *supra Lib.* 23. *Civil. Comment. Cap,* 13. *N.* 1.

(8) In nominibus quando exsecutio fieri possit, Vid. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. Part.* 5. §. 3. *n.* 43. *et seq.* Coler. *de Process. exsec. Part.* 5. *Cap.* 3. *n.* 461. *et seqq. et P.* 3. *C.* 8. *n.* 35. Nomina quando pro mobilibus vel immobilibus. *Idem P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 237. *et seq.*

(9) Ita Duar. *ad d. L.* 15. §. 2. Et sane posse a rebus soli initium fieri, ac favore creditoris hoc inductum esse, ut facilius suum consequatur, statuit quoque Col. *P.* 3. *C.* 9. *n.* 28. *et seq.* (etsi non hoc inde inferat, nec ordinis inversionem concedat, ut *N. seq.*) quia si utilitas debitoris spectaretur potius, arguit, nomina caperentur, quam res soli, cum has præ illis retinere expediat, qui et ordo in bonis minorum vendendis, *L.* 5. §. 9. *de rebus eor. qui sub tut.* Quin ideo initium fit a mobilibus, quia id utile creditori, cum citius, et facilius distrahatur.

(10) Quin cum ordo hic pro forma traditus sit, ejus perversione ac præposteratione ob omissam solemnitatem a jure vitiari Processum, et nullam esse exsecutionem DD. communiter teste Coler. *P.* 3 *C.* 9. *n.* 17. Sed contrariam tamen quod ipso jure valeat, sed appellari possit, communem vocat et sequitur Jo. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 131. quod non ex necessitate sed debitoris favore ita statutum sit. Et hanc communem esse agnoscit, etsi contrariam probet Parlad. *supr. d.* §. 3. *n.* 4. *et* 2. *et seqq.* Add. Asin. *Praxi* §. 31. *C.* 6. *et* Trentac. cui media sententia 2. *Pract. Resolut. tit. de Expens. Resol.* 2.

(11) Inter immobilia quoque plura diversarum specierum a minimis exordiendum volunt, quarum ademptio minus gravis debitori, Dambud. *Praxi civ. C.* 258. *n.* 6. post gloss. *in d. L.* 15. §. 2. *v. animales* et alios Arg. *L.* 1. §. 20. *de vent. in poss. mitt.* Sed Duar.

prædiorum. Nam nec prædia semel alienata facile licet recuperare, ubi emptor ea a se dimittere non vult, aut nobis pecunia non suppetit ad ea redimenda: nec alia ejusdem generis, aut eadem commoditate facile reperire possumus, cum rebus mobilibus distractis non difficile sit alias reperire, quas emere possumus, et ejusdem generis, et quæ eundem usum præbent. At idem servari non minus utile est creditori. Nam cum sint res mobiles minoris pretii, et ad usum quotidianum magis necessariæ: facilius emptorem reperire possunt, quo citius etiam creditor his distrahendis ad suum pervenire potest. In mobilibus (12) primum capiuntur et distrahuntur res animales: scilicet quia eum eas ali necesse sit majore impendio asservantur, eoque et incommodo utriusque majore. Extremo tandem pervenitur ad nomina. Hoc vero vel præcipue creditori expedit: cui persecutio nominum et gravis et damnosa est, quia in his persequendis cogitur ils molestus esse, quibus non vult, et quibus cum nihil ei negotii est. Damnosa, si debitores quibuscum agit, non solvunt, res longe abibit: nam primum sententia adversus eos accipienda erit: deinde iterum res judicata adversus eos executioni mandanda. *L.* 1. *C. de exec. rei jud.* Quis non videt igitur hunc ordinem summa ratione esse institutum, eoque non temere quamvis postulante creditore, perverti oportere? At enim dixerit aliquis: sit hoc modo creditori injuria. Si enim non potest perveniri ad prædia, nisi tunc cum nullæ erunt res mobiles: si non potest perveniri ad nomina, nisi tunc cum nullæ res erunt in bonis debitoris; nempe istarum rerum omnium perquisitio erit illi neccessaria, res illis in primis et molesta et damnosa. Sed nulla hic perquisitio metuenda est creditori, nulla molestia. Venietur enim ad debitorem. (13) postulabitur ab eo, ut res mobiles det in caussam judicati. Si dat, bene est: si negat apud se esse, jam tuto prædia pignori capientur sine ullo labore creditoris. Sive enim non habet, juris ordini satisfactum est: sive habet, est æquissimum ei mendacium suum nocere. Arg. in *L.* 4. *D. quod cum eo.* Huc accedit, quod si perversus ordo ille non nocet, non habet, quod queratur: si nocet perinde habendum est, quasi non noceret, cum ipsius culpa, aut potius dulo acciderit, ut primum prædia caperentur. *L. quod quis ex sua, D. de reg. iur.* Quid si † creditori expe-
13 diat pervertere ordinem constitutum, idque non noceat debitori? Utputa, debitor aliquis condemnati reperitur, qui paratus est actori solvere, si condematus velit. An audiendus est creditor, si hujus nomen pignori capiat primo lo o? Non dubito, quin sit audiendus. Malitiose enim recusat debitor quod factum illi non nocet. Arg. *L. in fundo, D. de rei vind.* Et in summa ita recte statuetur, ordinem hoc loco præstitutum, si non nocet, unius utilitatem, quæ cum alterius detrimento conjuncta sit, non esse impediendam. Supra scripta omnia † sunt jubente ita, et in- 14
terloquente præside. Sic enim scribit Ulpianus. *Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur.* In quibus verbis a nonnullis dubitari solet, num videatur magistratus satis recte ita interloqui: nam sententia sub conditione fieri non debet. *L.* 1. *§. biduum, D. quando appell. sit.* Sed neque in hoc jussu præsidum est sententia, qualem intelligi volumus, cum dicimus sententiam sub conditione fieri non debere: de quo verbo initio hujus tituli dictum est. Et si esset sententia: tamen nulla hic est conditio. Non enim est condi-

ibid. putat capi posse ea quæ commodiora visa pro exsecutione, ut promptius expediatur, arg. *Nov.* 4. *C.* 3. enm et reo imputetur, quod non ipse ea quibus libentius carere vult, distrahit. Ne tamen res magni pretii pro exiguo debito distrahatur. Civiliter enim hæc accipienda, Arg. *L.* 9. *de servit.* Duar. *d. loc.* Cui convenit Col. *d. P.* 3. *C.* 9. *n.* 23. *et seqq.* Neque enim id omissurus IC. si circa hæc distinctio esset. Et ita quoque in bonis soli, si desinit res mobiles, creditori optionem dari, in quæ mitti velit, itaque usu servari testatur idem *d. C.* 9. *n.* 33.

(12) Immo cum *d. §.* 2. habeatur: *res mobiles animales* ex ordine verborum colligunt, prius alias res capiendas esse quam ad animalia et moventia veniatur, præsertim cum et publice intersit, oves, vaccas, equos etc. quæ vel ad subactionem vel stercorationem agrorum alnntur, fundis non subtrahi, Vid. *Coler. dict. C.* 9. *n.* 34. *et seqq.* qui veriorem opinionem eam dicit, quæ et usu judiciorum nostrorum probata, ut pro creditoris libitu designentur res mobiles capiendæ, ut tam ab animantibus quam frumento et aliis inchoari possit. Vestes tamen et supellex usus quotidiani capi non debent, quamdiu alia adsunt, Maranta *Par.* 6. *tit. de Exsecution. n.* 30. (volens his omissis ad res soli veniendum esse) Asin. *Praxi* §. 31. *Limitat.* 32.

(13) Vid. Coler. *dict. C.* 9. *n.* 38. *et seq.* ubi quærit, an jussus aperire feras et ferramenta receptaculorum vel cistarum nolens, carceri ob id includi possit? Quod negat, si res soli adsint. In re feudali an et quomodo fiat exsecutio, Gail. 1. *Observ.* 117.

tio, quæ etsi adjecta non esset, inesset, tamen *L. conditiones extrinsecus, D. de cond. et de mon.* Et ideo cum tutor sub conditione non recte detur: tamen si datus sit, hoc modo sit satisdederis, tutor esto, recte datus est. *L. muto, §. 1. D. de tutel.* quandoquidem etsi hæc conditio adjecta non esset a magistratu: tamen non aliter tutor esset, quam si satisdedisset, Tit. *C. de tut. qui non satisd.* Id ipsum vero et his accidit. Nam etsi executor jubeatur simpliciter pignora capere; non tamen alio ordine potest, quam qui hoc loco est constitutus. Non est igitor metuendum, ne superior interlocutio de prædiis capiendis contra formam juris, eoque non satis tuta esse videatur.

Ad §. *Si Pignora.*

Si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inveniant; rescriptum est ab Imperatore nostro et divo patre ejus ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est; addicantur autem utique ea quantitate; quæ debetur. Nam et si creditor maluerit pignora in creditum possidere, hisque esse contentus: rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur petere: quia velut pacto transegisse de cætero videtur, qui contentus fuit pignora possidere: nec posse eum, in quantitatem certam pignora tenere, et superfluum petere.

SUMMARIA.

1. *Si pignora emptorem non inveniant, creditorem posse sibi impetrare a principe illorum dominium.*
2. *Vel postulare, si hoc mavult; ut ea sibi addicantur a magistratu.*
3. *Non alia tamen lege quam ut illa habeat pro ea quantitate quæ debetur. Hoc quale sit exponitur.*
4. *Et contra illos qui aliter sentiant, defenditur et propugnatur.*
5. *Contraria removentur.*

In judicali executione pleraque incidunt, quæ eam executionem impediant, nisi occurratur. Eo utile est adversus hæc impedimenta nos præmoniri, quod hic et sequentibus aliquot §§. factum est. Imprimis occurrit illud, si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inveniant. Recte, si non inveniant. Nam si his venum expositis inveniatur, qui ea emat, certum est quid hic fiat. Res nimirum emptori addicitur, eamque rem tanti ille emptam habet, quanti vendita est, non pluris. Lex hæc est venditionis et emptionis. Et quoniam (14) ad eandem licitationem creditor admittitur: fit ut ipse si emat, eadem conditione, qua alius quivis, rem emptam habeat. *L. 2. C. si in caus. jud.* Quid ergo
inquam, si † pignora quæ capta sunt empto- 1
rem non inveniant, ut neque ipse ipsa creditor qui vicit, liceatur, neque alius: quomodo creditori consuletur? Nempe hoc (15) restat.

(14) Vid. *Not. supr. Lib.* 23. *Comment. Civil. C.* 14. *N.* 4. Ant. Fabr. 59. *Err. pragm.* 2. ubi non apte ab Accursio *ad L.* 15. §. 3. *h. t.* inter remedia referri, quæ emptore deficiente suppetant. Nam hic perinde est, ac si emptor inveniretur. Sed et hic petitio residui, in eo quod deest, integra manet, Coler. *Part.* 3. *C.* 9. *n.* 67. Ant. Fab. 56. *Err. prag.* 2.

(15) Sed Ant. Fab. 56. *Err. prag.* 7. differre statuit addictionem dominii pignorum, *dict. L. ult. C. si in ca. jud.* et juris dominii impetrationem *d. tit. C. de jur. dom.* nec confundi debere. Conveniunt, ait, duo. Acquisitio dominii, et auctoritas Principis. Differentiæ hæ. Addicit creditori Magistratus ex Principis auctoritate, *d. L. ult.* Impetrat jus dominii creditor non a Magistratu, sed a Principe: In illa ambages nullæ; quippe cui nec locus, nisi mora antea facta solutioni et venditioni. Hæc per longos circuitus expeditur. Effectus utriusque idem, quod utroque dominium tribuitur; origo vero et caussa diversa. Illius enim caussa necessitas judicati exsequendi: nam cum executio non nisi distractione pignorum captorum expediri queat ubi nullus emptor reperitur, ad hoc extremum remedium venitur. Neque etiam alteri isti remedio impetrationis in judicati caussa locus

si ei consultum esse volumus, ut sine emptione saltem dominium rei ei addicatur. Et quidem eum, si velit, jus dominii a principe impetrare posse constat. *L. ult. C. si in caus. jud. L. 1. et tot. tit. C. de jure dom. impetr.* quo impetrato id consequitur quod sine damno fiat tam debitoris, quam creditoris. Nam si res addictæ pluris valeant quam debetur, creditor id reddit, si minoris, in id quod amplius est, manet creditori actio integra. *L. ult. §. sin. autem in corpore, et §. sed. siquidem. C. de jure dom. impetr.* Sed via longa est ex constitutionibus qua ad hoc jus perveniatur, de qua in *d. L. ult. C. de jur. dom. impetr.* ut semper non satis expediat creditori hanc exequi. Hinc ergo † 2
quæsitum, si creditor pignoribus emptorem non invenientibus (16) postulet, ea statim sibi addici a magistratu, an impetrare debeat. Quæ una hujus loci quæstio est: ac de ea hoc loco statui mihi videtur, ad haec sententiam: non debere creditorem id impetrari, nisi postulet pignus sibi in creditum possidere licere. Cæterum id postulanti po-

est, nec si a Principe petere victor velit: quia prius est, ut pignus habeat, quam ut dominium ejus impetret. Ast creditor non habet pignora capta in caussam judicati, quia non illi, sed Magistratui dantur, qui exsequitur. Dicuntur enim capi, non a creditore, qui capiendo vim faceret, sed a Magistratu. In solo itaque conventionali pignore impetratio illa dominii conceditur, de qua *d. t. C. de jur. dom.* qui Titulus et de eo solo loquitur. Ita Faber. Quod sententiæ Donelli repugnat. Et inanis immo hæc subtilizatio. Non creditor, sed Magistratus capit hæc pignora. Ergo creditor illa non habet. Immo ad hoc capiuntur, ut hic habeat. Quippe cum quodvis pignoris jus sit accessio principalis obligationis, non potest alii acquiri, quam cui obligatus est debitor etc. Et immo missum ex caussa judicati pignora capta vere possidere naturaliter ac civiliter, cum et usucapere possit, per *L.* 15. §. 4. *h. t, ut infr. N.* 24. post. Bart. et alios Coler. *Part.* 1. *Cap.* 2. *n.* 45. Cæterum et quod Accursius *ad L.* 15. §. 3. *h. t.* quadruplici remedio hic succurri victori: 1.° ut ex pignorum retentorum fructibus sibi solvat. 2.° Ut in solutum accipiat *L.* 4. *C. de evict.* 3. ut ipse licitetur, et ut impetret jus dominii, operose impugnat A. Fab. 56. *Err. prag.* 1. *et seqq.* volens unum et solum remedium esse addictionis ut in possessionem missus res illas sibi possidere jubeatur, *dict. L.* 15. §. 3. *h. t. L.* 3. *Cod. si in causs. jud. pignus.* Et quidem Accursii prius remedium ita profligari censet Faber. *dict. Err.* 1. Pignora ex caussa judicati non capiuntur nisi ut distrahantur, nec nisi ex necessitate, cum bona condemnati in solidum addici, utroque vel altero invito, ratio recta non sinant. Melius igitur res expediri nequit quam per distractionem. Prius autem oportet obligari ea quam distrahi. Obligatio hæc non ex sententia, quia actio judicati non habet privilegium taciti pignoris *L.* 8. *Cod. de reb. creditis,* sed ex capione, finem habens, non cautionem, ut conventionale pignus, sed executionem et sententiæ paritionem. Hinc initium ejus a magistratu, nec alius finis quam ut pretio inde redacto, quod in pecunia debetur, in eadem solvatur, quia idem quod debetur solvendum. Unde ubi et quoties tractatur de capiendis pignoribus, ibi et toties de distrahendis. Nec probari DD. opinionem contendit idem Fab. *Err. seq.* 2. ex *L.* 1. *Cod. si in ca. jud. pign.* Male enim judicio Fabri verba *teneri ac distrahi* de retentione creditoris accipiunt, cum jus obligationis in rebus debitoris constitutæ significent, cumque etiamsi creditor non teneat, per magistratum distrahi possint. Male ibid. verba conjuncta pro disjunctis accipiunt, ac si diceretur, *aut distrahi* cum et ex *L. ult. Cod. Si in ca. jud.* liqueat non aliter possideri posse quam jure dominii: non itaque pignoris jure, quod rei suæ non consistit. Et ex *L.* 3. *C. de exsec. rei jud.* patet ita demum fieri missionem in possessionem si res diu subhastatæ fraude debitoris emptorem non invenerunt. Non igitur missio primum, sed ultimum remedium. Itaque missio de qua *d. L.* 3. est ipsa dominii addictio. Ut probabit tum collatio *d. L.* 3. cum *d. L. ult. C. si in ca. jud.* tum verba *d. L.* 3. *ut res tandiu protracta ad effectum perducatur.* Non perficeretur, sed inchoaretur solum exsecutio, si is missionis finis, ut jure pignorum res possiderentur: tum *L.* 15. §. 3. *h. tit. Ibid.* Faber. 2. remedium Accursii refellit, quia datio in solutum contractus est, venditionis vicem obtinens *L.* 4. *Cod. de evict.* ideoque nisi ex voluntate debitoris fieri nequit. Sed et 3. remedium a proposito alienum esse contendit de quo paulo ante. Ita Faber: Enimvero prius Accursii remedium et aliis inconsuetum videtur, Duaren. *ad d. L.* 15. §. 3. Alciat. 6. *Parah.* 3. Melius esse inquiens, pignus valens 500. jure dominii retinere si debitum sit 1000. quam valens 1100. ita possidere, ut fructus sorti imputentur. Nam post 20. forte annos, consumptis licet fructibus, pignus restituendum erit.

(16) Ita Forcat. *Dial.* 13. *n.* 2. *et* 3. Non invito cedunt pignora pro toto debito, ut Bart. *Malle* enim, liberæ est electioni, *L.* 21. §. *ultim. de nov. oper. nunc.* et transactio libera. Anton. Fab. 56. *Err. prag.* 2. Si cogeretur contentus esse, non videretur transegisse, cum ex necessitate juris conjectura voluntatis capi nequeat, argum. *L.* 13. *de separat.* Add. Cagnol. *in L.* 2. *Cod. de rescin. vend. n.* 164.

testatem ita faciendam esse possidendi. Hoc autem impetrato oportere ipsum pignore contentum esse, nec posse, si pignus in pecuniam debitam non sufficiat. quod amplius est, petere: quasi pignus hac lege acceperit, ac de debito ita transegerit. Quod an recte hic statui interpretemur, videamus. *Si pignora*, Ulpianus inquit, *emptorem non inveniant, rescriptum est, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est.* Sed utrum postulanti, an etiam invito? Postulanti sine dubio, non invito. Nam etsi de eo nihil hic exprimitur, et præcise rescriptum jubere videtur ut pignora addicantur: tamen sententiæ satis declarant Ulpianum de volente et postulante creditore loqui, eum oratio et ratio ejus omnis conferatur ad eum, qui maluit pignorra possidere, et his esse contentus. Et sane absurdum foret aliud pro alio invito creditori obtrudi. *L.* 3. §. 1. *D. si cer. pet.* Ut au-
3 tem scire possimus qua † conditione impetret creditor a magistratu, ut pignora, quæ emptorem non inveniunt, sibi addicantur, sibique (17) dominii jure statim possidere liceat, addit rescriptum: *addicantur autem utique ea quantitate, quæ debetur. Nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus: rescriptum est non posse eum, quod amplius est petere.*

Significat his verbis Ulpianus, cum pignora emptorem non inveniunt, non posse creditorem impetrare a magistratu, ut sibi pignora possidere liceat alia lege, quam ut ea habeat ea quantitate, idest, in eam quantitatem, sive pro ea quantitate, quæ debetur. Nam simpliciter addici sibi si postulet, vult rescriptum eum non audiri. Et sane ut pignus dominii jure simpliciter habeatur, solum impetratur a principe. *d. L. ult. C. si in caus. jud. et tot. tit. C. de jur. do. imp.* Quod si postulet creditor pignus in creditum sibi addici, audiendus est ille quidem, sed alio rescripto declaratur eum, qui id impetravit, pignore contentum esse debere, quasi transegisse pacto videatur, ne quod amplius est, petat. Hoc est igitur. quod dixi, non aliter audiendum creditorem, si postulet sibi pignus addici, quod emptorem non habeat, quam si postulet sibi addici in eam quantitatem, quæ debetur, sive in creditum sibi possidere licere, quorum utrumque idem valet: et illud efficit, ut si in debitam quantitatem pignus ita addictum non sufficiat: tamen creditor nihil queat amplius petere sua ipsius conventione, ac velut transactione exclusus. Non deerunt † fortasse, qui (18) 4
huic interpretationi adversentur, ut scimus hunc locum non esse per se admodum omnibus expositum, atque adeo etiam doctissimis interpretibus Alciato et Duareno eam interpretationem improbari, eum illa verba: *addicantur autem ea quantitate, et in eam quantitatem, quæ debetur*, vulgo sic accipiunt, pro ea quantitate, et in eam quantitatem, quæ debetur. Ego autem ita interpretantibus nobis, ut dixi, nihil video esse in ea interpretatione quod non et verbis ipsis et sententiæ Ulpiani, et optimæ rationi plane conveniat. Nam quid aliud quæso, superiora verba exprimunt? Sic enim Ulpianus quantribui censet addictioni Magistratus sive dolo adversarii factum ne res veniret, sive alias emptores defuerint etc. Eniinvero in *d.* §. 3. dominii translationem ex verbis *in creditum possidere* infert. Forcat. *Dial.* 43. *n.* 5. *et* Alc. 3. *Parad.* 16. quod creditum proprie ad eum pertineat, et ita dicatur iri in creditum, cum dominium transit. Licet hæc parum firma videantur. Sed ne hæc et quæ sequuntur exactius expendam, et tempore et pagellarum angustia excludor.

(17) Vulgo, referente Ant. Fabr. 56. *Err. pragm.* 3. statuitur differentia inter addictionem pignorum, quæ pro rata debiti fiat, auctoritate Magistratus, ac qua possessionem solum consequatur actor, fructus in sortem imputet: et addictionum, quæ non fere nisi verborum sono distet a juris dominii impetratione, auctoritate Principis fiat, non ita debiti mensuræ æqualis, nominium tribuens, unde fructus sortem non minuant, cen ex re sua percepti. Quod impugnat Ant. Fab. *ibid. et Error.* §. 5. *ac* 6. fuse et varie tractans, quomodo addictio per Magistratum *dict. L.* 15. §. 3. distet ab ea, quæ Principis auctoritate sit, *L. ult. Cod. si ex ca. jud. pig. L.* 3. *C. de exsec. rei jud.* Olim autem hoc interfuisse putat, quod illa bonitarium solum dominium transtulerit, cum non a lege neo domini voluntate res accipiatur; hæc plenum et Quiritiarium, cum a Principe habeatur, qui lege superior. Hujus conditio ea, si calliditas aut ambitio adversarii obstit, ne emptor reperiretur, *d. L. ult. d. L.* 3. Cæterum ex quo distinctio dominii bonitarii etc. sublata, idem tribui censet addictioni Magistratus sive dolo adversarii factum ne res veniret, sive alias emptores defuerint etc.

(18) Ubi Duar. ait vulgari interpretatione nihil esse ineptius ac injustius. Et idem ad *d. L.* 15. §. *ult.* non sic loqui, qui Latine loquuntur: *ea quantitate*, id est pro ea. Ergo sic exponit *ea quantitate*, idest, eo valore ac æstimatione quanta est summa debiti, ne si pluris vel minoris sit pignus, alterutri injuria fiat, vel ad tantam quantitatem seu pro rata debiti. Et Forcat. *Dial.* 13. *n.* 2. ex vocula, *utique*, quæ natura sua temperat sequentia, probari putat, si pignora plus credito valeant, quod superest, reddi debitori. Aliter Alciat. 6. *Parad.* 3. Robert. 1. *sent.* 22.

titatis verbo utitur in *L. si servos, supr. de pig. act.* cum ait creditori de sumptibus ab ipso factis esse actionem continuam: non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. Sed mitto significationem verborum, ac placet esse ejusmodi, ut de ea dubitari possit. At quæ tandem alia sententia huic loco potest convenire? Dixerat Ulpianus pignora addici, ea quantitate, quæ debetur: ac rationem reddit: quam tandem? quia, inquit, *si creditor voluit pignus in creditor voluit pignus in creditum possidere, rescriptum est, non posse eum, quod amplius debetur, petere, quasi de cætero transegerit, quod pignore fuerit contentus.* Inepta prorsus, ne dicam stulta ratio, nisi prius in propositione id statuerat Ulpianus, quod hac ratione suscipit confirmandum. Apparet autem his verbis hoc ab eo confirmari, eum videlicet, qui pignus maluit in creditum possidere, debere pignore contentum esse: quod diximus habere pignus pro ea quantitate, quæ debetur, sic ut si quid amplius debetur, quam pignus volet, creditor petere non possit: quamobrem utrunque eum in propositione sensisse et posuisse intelligendum est. Jam vero hoc posito agi hic de eo creditore, qui postulet sibi pignora in creditum addici, quoniam non aliter ei a magistratu addicantur: quid potest superiore sententia dici æquius? Certe perspicuum est, qua ratione hoc loco ea confirmentur. *Velut pacto*, inquit, *transegisse de cætero videtur, qui contentus fuit pignora possidere.* Nempe enim hic ita valet, quod respondetur de eo creditore, cui pro re debita alius debitor est delegatus. Quamvis delegatus solvendo non sit: tamen placet creditorem nihil posse petere amplius ab eo, qui delegavit: cur? quia scilicet videatur bonum nomen, qui admisit debitorem in delegatum. *L. inter, §. abesse, D. mand.* Cur vero bonum nomen fecisse existimatur? an non ideo, quia pro eo quod debebatur, contentus fuit alium debitorem habere, ut sic de reliquo, quod ab eo consequi non potest, transegisse videatur? Ista ratione ipsa et bonum et idoneum pignus fecisse putandus est is, qui pignus pro eo, quod debebatur addictum admisit: quasi et ipse de reliquo, quod consequi non potest, transegerit. Quid est autem, quo † hæc sententia videatur posse infirmari? Si creditor, dixerit aliquis, ex licitatione rem habeat, non habet nisi eo precio, quod dictum est. Recte, quippe ea lege illi tradita est. Emit enim, non in creditum accepit. Nunc autem de eo agimus, qui pignus non emit, sed in creditum maluit possidere. Huic, si plus petat, necesse est obstare suam conventionem. Objicietur hic etiam exemplum ejus, qui jus dominii in pignore a Principe impetravit. sed jam dixi hoc impetrari a Principe simpliciter: a magistratu autem non alia lege, quam si creditor velit pignus possidere in creditum, quod cum fit, id eam vim et conventionem habet, quæ hic judicatur. Quod (19) reliquum est, nulla fit creditori injuria, si huic conventioni sua stare cogitur. Est quidem iniquum, et contra jus creditorem amittere exactionem ejus debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. *L. creditor, qui non. D. si cert. pet.* sed iniquum cum pignus, ut pignus accipit: quod enim cautionis loco alicui datum est, id in ejus perniciem converti non debet. Sed longe diversum est, cum pignoris dominium in eos transfertur. Cum enim non cogatur id possidere in creditum, si ultro id admittit, de se queri debet. Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt, ut est *reg. jur. L. nemo videtur. D. de reg. jur.* Ne illud quidem dici potest, fieri in hac re debitori injuriam, si postulanti creditori pignus in creditum addicatur: ubi si forte pignus pluris valeat, quam debetur, non cogatur creditor superfluum reddere; fateor illi fieri in eo injuriam si quidem pignus pluris esse possit, quam debetur. Sed hoc in proposito metui non potest; ubi de eo pignore agitur, quod nec emptorem quidem reperit, idest, quod ita venum expositum est, ut nemo existeret, qui vel tantillo licitaretur: quod argumentum est, rem nihil æsti-

(19) Convenit in eo Ant. Fab. 56. *Error, prag.* 2. itidem sic exponens. Non pro rata debiti, sed pro quantitate quæ debetur, ut non possit in certam quantitatem pignoris tenere et superfluum petere. Quia neuter injuria affectus sive pluris pignus sit sive minoris. Nam debitor sibi imputet, quod pecuniam non offert, maxime si ejus ambitione factum, ne emptor reperiretur, *ut L. ult. C. si in ca. jud. L. 3. C. de exsec. rei jud.* Creditor, quod non ipse emerit, cum et ipsi id licuerit, in vicem extranei, ut *Donell. h. L. ad* 6. *si pignora in princip. ibiq. not.* Neque enim tunc cogeretur pignoribus contentus esse, sed si non suffecerint, quod ex venditione constaret, alia capi possent, donec judicato satisfieret, *Idem seq. Err.* 5. repelli eum a petitione superflui non ipso jure, sicuti si in solutum datæ res fuissent a volente volenti. sed exceptione taciti pacti de non petendo.

matam fuisse. Nam si quis licitatus esset, nullo alio emptore existente, ei pignus addiceretur. Vide, quæ in hunc locum scripserunt And. Alciatus *Lib. 6. Parerg. Cap. 3.* Franc. Duarenus *Lib. 1. Disp. C. 6.*

Ad §. *Si super.*

Si rerum, quæ pignoris jure captæ sunt, controversia fiat: constitutum est ab Imperatore nostro, ipsos, qui rem judicatam exequuntur, cognoscere debere de proprietate, et si cognoverint, ejus fuisse, qui condemnatus est: rem judicatam exequentur. Sed sciendum est summatim eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori præjudicare: si forte hi dimittendam eam rem putaverint; quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est; nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte jure ordinario cœperit ab eo res peti. Sic eveniet, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat. Sed et illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, et capi aliud, si quod est sine controversia.

SUMMARIA.

1. *An si quis rei quæ pignori capta est, faciat controversiam, debeat, qui rem judicatam exequitur, de rei proprietate cognoscere.*
2. *Qua distinctione rem definiat Ulpianus.*
3. *Summatim ea de re cognoscere debet judex, et quid sit plena et quid summaria cognitio.*
4. *Cur Magistratus summatim cognoscere jubetur in hac caussa.*
5. *Contrariis occurrit idem Ulpianus.*
6. *Quatenus possessori proficiat res ita judicata de controversa rei proprietate.*

Ejusdem generis impedimentum est cum
1 superiore, si † rebus captis existat aliquis,
qui earum rerum controversiam faciat, ut hic loquitur Ulpianus, idest, qui earum rerum se dominum dicat, aut sibi eas prius pignori obligatas, §. 1. *inst. de act.* Nam nec possunt res jure pignoris teneri, quæ non sunt in bonis debitoris. *L. quæ prædium, C. si al. res pig. dat sit*, et nihil prosit eas in bonis debitoris esse ad futuram pignoris obligationem, si alius creditor in pignore sit potior. Quapropter de hoc genere tractatur cum hoc §. tum sequenti. Prius autem hic de re, de cujus proprietate fit controversia: in quo quæritur, an judex, qui rem judicatam exequitur, debeat rem de cujus proprietate controversia est, dimittere; an vero de ejus proprietate cognoscere: ut prout cognoverit eam pertinere ad debitorem, aut ad eum qui controversiam facit, ita aut sententiam exequatur, autei, qui movet controversiam, rem restituat. Esset optimum rem dimittere, nisi esset damnosum creditori, et exemplum etiam perniciosum: facile enim subornari possunt, qui mentiantur res captas suas esse. Distin-
guit † igitur Ulpianus, ut si sit aliud sine 2
controversia, quod capi possit, id capi debeat, res controversa dimitti; si non sit tum magistratus cognoscat de rei proprietate: qui si cognoverit rem debitoris esse, sententiam exequetur: sin ejus, qui controversiam facit,
ei rem restituet. Sed addit † de cognitione 3
summatim magistratus cognoscere debere. Summa cognitio opponitur plenæ et justæ cognitioni, de qua in *L. judices, C. de jud.* Plena cognitio est, cum judex non solum actorem de se probantem audit; sed audit etiam rei oppositiones; item replicationes creditoris. Denique utrunque pro se dicentem eo usque, donec ambo interrogati respondeant, se nihil amplius adjicere velle, dicta *L. judices*. Summa cognitio contra est, ubi judex præsentem probationem, quæ affertur, sequitur, et secundum eam judicat: quod autem contra eam probationem ex diverso dicitur, si altiorem quæstionem habeat,

non admittit, sed in aliud tempus differt, cum de re ex professo, non (20) per occasionem uti nunc agetur. Quæ definitio colligi potest ex *L.* 3. §. *sciendum*, juncto §. *ibidem, D. ad exh. L. si quis a liberis*, §. *si vel parens, D. de ag. l.b. L.* 3. §. *caussa, D. de carb. ed.* Ut in proposito, si is, qui controversiam facit, instrumentum proferat, quo probet se rem emisse, et debitor dicat, instrumentum esse falsum; si hanc falsi allegationem nun audit judex, quia non statim ea quæstio dirimi potest, summatim cognoscit. Id nunc
4 huc loco jubetur facere. Sed ✝ cur summatim tantum cognoscere in hac caussa magistratus jubetur? Quia exsecutio judicati (21) celeritatem desiderat. Nam alioqui magna fit injuria creditori, si post longam judicii moram etiam post rem judicatam et exploratam solutio ei differatur. Sed nec res judicatæ aliter suam auctoritatem satis obtinebunt, quam, si quam celerrime ad exitum perducantur. Atqui publice interest, quam maxime ratam esse earum auctoritatem. *L. servo*, §. *cum prætor, D. ad S. C. Treb.* At enim, dixerit aliquis, habet ✝ hæc cognitio 5
manifestam injuriam: fieri enim non potest, ut judex, quæ allegantur, non cognoscens pronunciet rem ejus esse, cujus non est, quod non faceret, si plene cognovisset. Huic objectioni occurrit continentur Ulpianus: Negat hic ullum periculum ipsius sententiæ esse metuendum: propterea, quod nullum præjudicium allatura sit neque debitori, neque ei, qui controversiam movit. Etenim si judex dixit rem esse debitoris: non prohibetur is, qui controversiam movit, rem suam ab emptore petere: et contra si res restituta est ei, qui controversiam facit; licet debitori rem ab eo postea jure ordinario petere. Jure ordinario petere est, actione mota et judicio suscepto petere, rem suam esse intendendo: quoniam hic ordo, sive usus juris est, ut petitionibus et actionibus institutis res repetantur. *L.* 1. *D. de exec. rei jud. L. ætat, D.*

(20) Ubi sententia non parit magnum præjudicium, sed quod per aliud judicium reparari potest, citra appellationem vel simile remedium, Lanc. Conrad. *d. v. Summaria cognitio n.* 5. Ubi duos casus principales statuit. 1.° Quando, caussa dispositione juris communis vel municipalis summaria est, quod ex modo dicta regula æstimandum. 2.° Quando Princeps sic committit in quibusdam caussis. Istæ notatæ, *Clem. dispendiosam* 2. *de judic. et Clem. sæpe* 2. *de Verborum significat.* In his vero referre docent, commiseritne Princeps simpliciter, ut summarie cognoscatur, an ut de plano: an ut sine strepitu, aut sine figura judicii, sine juris solemnitate, per concessum arbitrii, an sola facti veritate inspecta, etc. Inter quæ singula differentias exponunt, vid. Scaccia *d. C.* 53. *n.* 14. *et seqq.* Lanc. *d. loc.* ac alii. Et quod ubi sola facti, etc. solemnitates omnes remissæ, Asin. *de exsecut.* §. 5. *C.* 37 Summariæ quoque jure habentur caussæ leviores modicæ sive exiguæ summæ, vilium personarum, per *Auth. nisi breviores. C. de sentent. ex pericul. recitand.* Scaccia. *d. C.* 53. *n.* 13. Damhuder. *d. C.* 23 De quibus Tiraquel. *Tract. de Judic. in rebus exig.* vid. Frider. *Lib.* 3. *de Contin. causs. C.* 10. *n.* 24 *et seq.* Langlæ. 3. *Semestr.* 2 *sub fin* Rusticorum, Choppin. *Lib.* 3. *de Privil. rustic. P.* 1. *C.* 1. *et P.* 3. *C.* 2. Quod Harman. Pistor. *Lib.* 4. *Quæst.* 17. *n.* 19. *junct. n.* 28. restringit ad eas, quæ coram judice rurali aguntur. Alias etiam ordinariis judiciis devincti rustici. Piæ caussæ judicia, Tiraquel. *Privileg. piæ causs.* 157. Vid Jac. Schult. *Quæst. pract.* 18. Quales viduarum ac miserabilium, argum. *L.* 6. §. *ne potentiores* 2. *de offic. præs.* Coler. *Consil.* 41. *n.* 29. Studiosorum, Rebuff. *Privileg. Schol.* 5. Horat. Lutius *Privil. schol.* 1. Speklian. *Cent.* 2. *Class.* 1. *Quæst.* 14. *n.* 2. Num et dotis? Negat Petr. Barbosa in *L.* 1. *D. solut. matrim. p.* 1. *n.* 43. *et seqq.* præterquam in duobus casibus. 1.° Quando dos venit incidenter ad caussam matrimonii 2.° Quando petitur principaliter, sed qui petit inops, non habens aliunde unde se alat, ut ita hoc privilegium non sit doti propter se, sed quatenus pia caussa efficitur.

(21) Hic dicendi occasio esset, de caussis exsecutivis et de viribus instrumenti liquidi, vulgo guarentigiati ejusque parata exsecutione. Sed abrumpere oportet, Vid. Coler. *de Process. exsecut.* passim maxime *P.* 1. *C.* 3. Roderic. Suarez. *in Lectura L. post rem judic.* 56. *de re judic. in Declaratione legis Regni*, Anton. Sola *ad Constitut. antiq. Sabaud. rubr. de captura debitoris pro caussa civili, decreto ad caussarum, etc.* Parlador. 2. *Rerum quotidian. C. fin. Part.* 1. passim maxime §. 5. *et* §. 11. *etc.* Asin. *de Exsecut.* §. 1. *Cap.* 25. *et seqq.* Tiraquel. *Tractat. le Mort saisit le vif. P.* 2. *Declar.* 10. *n.* 3. *et n.* 13. *ac de jur. constitut. possessorii P.* 3 *limit.* 31. *r.* 48. Menoch. *Arb. Casu* 17. Gomez. *in L. Tauri.* 64. Beust. *in L. admonendi, n.* 897. *et seqq* Frider. 2. *de Mandat. judic.* 58. *et seqq.* maxime *C.* 69. *et seqq.* Wesenbec. *Consil.* 14. passim Moller. 1. *Semestr.* 18. *et aliquot seqq. et Cap.* 40. *n.* 8. 9. *ac* 3. *Semestr.* 18. 33. *et* 36. Coler. *decis.* 290. Tessaur. *decis.* 26. Pet. Heig. *P.* 2. *quæst.* 7. Rauchbar. *P.* 2. *quæst.* 2. *n.* 99. *et seqq.* Hering. *de Fidei. Cap.* 21. *n.* 43. *et seqq. etc.* Num via ordinaria intentata possit deinde recurri ad exsecutivam, tractat Monter. *decis.* 22. et an contra *decis. seq.*

quod met. caus. Id non fit in hac cognitione, de qua nunc dicimus: in qua nolla movetur actio de proprietate pignorum, et propterea summatim cognoscitur: quæ omnia fiunt extra ordinem, idest, extra et præter modum usitatum et solemnem jure publico constitutum. Nam quæ jure fiunt, ea certo et constituto ordine peraguntur.

6 *Hic eveniet, ut omnibus integris*) Hoc dicit, † quamvis hic res judicata nullum effectum habeat circa proprietatem rei: tamen rebus integris saltem (22) capioni proficiet. Quod habet hanc sententiam, res hic judicata in hoc saltem proficiet possessori, cui res controversiæ addicta, aut restituta est, ut eam possit capere, nempe usu. Nam ad usucapionem opus est justa possessione. Hanc præstat possessori sententia magistratus. Juste enim possidet, qui auctore prætore possidet. *L. juste, D. de acq. pos.* Sed proficiet res judicata ad eam rem tantum rebus integris, idest, tantisper, dum res a possessore non vindicabitur. Nam si res ei, qui controversiam moverat, restituta sit: simul atque cœperit debitor ab eo illam vindicare, litis contestatione possessio ejus, et præscriptio interrumpitur. *L. nemo, C. de acq. pos. L. nec bona, C. de præs. long. temp.*

(22) Vid. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *C.* 2. *n.* 43. *et seqq.* qui *d.* §. 4. *in fin.* exaudit de usucapione creditoris, qui ex caussa judicati immissus est. Plura hic dici possent de jure tertii oppositoris, et ut impediat executionem. Sed ne prolixior sim, omitto. Generatim vero de tertio interveniente utiliter consules Cov. Pract. *QQ. C.* 13. *et seq.* Menoch. *Arb. C.* 18. *et recup. possess. Remed.* 1. *n.* 372. *et seq.* Gutierr. *Lib.* 1 *Pract. Q.* 66. *et Q.* 114. Maranta *in sing. lit. I p. m.* 12. *vol. matr. n.* 8. *et seqq.* Vant. *de Nullit. Rubr. Quis poss. dicere de nullit. n.* 15. *et seqq.* Parlad. 2. *Rer. quotid. C. fin. p.* 5. § 11. *n.* 58. *et seq.* Rulant. *P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 9. *et P.* 4. *Lib.* 8. *C.* 8. Petr. Frider. *Lib.* 2 *de continent. causs. C.* 8. *et seq.* Myns. 2. *Obs.* 1. *et* 3. *Obs.* 73. *ac seq.* Gail. 1. *Obser.* 69. *et* 3. *seqq.* Wes. *Cons.* 100. Coler. *Cons.* 2. *n.* 30. *et seqq.* Surd. *Decis.* 108. *et* 335. Cacher. *Decis.* 38. *et* 191. Mouter. *Decis.* 42. Meichsn. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 244. *et seqq. et Decis.* 32. Gag. Petr. Barbos. *ad L. si alienatio* 11. *ipsi*

Ad §. *Quod si res.*

Quod si res fuerit pignorata, quæ pignori capta est: videndum est, an sic distrahi possit, ut dimisso creditore superfluum in caussam judicati convertatur. Et quanquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere, tamen in judicati executionem servatur: ut si emptorem invenerit res, quæ capta est, qui dimisso priore creditore, superfluum solvere paratus sit: admittenda sit hujusmodi quoque rei distractio. Nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum.

SUMMARIA.

1. *Res pignori obligata in caussam judicati capta distrahitur; dummodo prior creditor dimittatur, et reliquum in caussam judicati convertatur.*
Quare diversum jus obtineat in re aliena, si tale esse constet. ibid.
2. *Quid obstet superiori sententiæ et quomodo removetur.*

1 De re capta, quam † alius sibi pignori prius obligatam dicat, eadem quæstio est, quæ supra: de quo ordine hoc loco ad hanc sententiam, ut quamvis res pignori obligata non magis alienari possit invito creditore, quam res aliena invito domino. *L. debitorem, C. de pig.* tamen placeat in executione judicati de re oppignorata non idem juris esse, quod supra de aliena diximus. Res aliena in caussam judicati capta, si constet eam esse alienam, dimitti debet. At res pignori obligata, si capta sit, ut maxime constet eam obligatam esse, nihilominus distrahi potest: dummodo ita distrahatur, ut creditor prior

dimittatur: idest. ut solvatur illi prius, sic deinde, quod reliquum est, in caussam judicati convertatur. Differentiæ hæc ratio est, quod res suo domino auferri non potest sine injuria: creditori autem nulla injuria fit, etsi pignus non habeat, si modo ei pecunia
2 solvatur. Obstabat huic † sententiæ, quod creditor pignus vendere non cogitur. *L. quamvis, D. de pig. act.* hic respondet Ulpianus probandum hoc esse in caussa privatorum cum scilicet posterius creditores id petunt: at in rei executione judicati aliter servari: sed cur aliter? Nempe quia aliud privata utilitas, aliud publica exigit. Porro in executione rei judicatæ publica utilitas versatur: si quidem publice interest res judicatas exitum habere. ut paulo ante dixi. *d. L. servo, §. cum prætor, D. ad Treb.*

Ad §. *Si post.*

Si post addictum pignus aliqua controversia emptori moveatur: an sit cognitio ejusdem judicis, qui sententiam executus fuerit, videndum est. Et cum semel emptio perfecta sit, ejusque qui sic comparavit, periculum versetur: non puto locum esse cognitioni Certe postea quam inductus est emptor in possessionem, nonne cessabunt partes eorundem judicum? Idemque et si ipsi, cui quis judicatus est, res fuerit addicta.

SUMMARIA.

1. *Pignore addicto perfici emptionem et cessare judicis partes.*
2. *Executio rei judicatæ quibus rebus contineatur.*

1 Postquam † pignus est addictum, idest, ei, qui pluris licitatus est, dictum est: res istu precio tibi empta est; en tibi habe, emptio pignoris statim perfecta est. Perficitur enim emptio consensu, simul atque de pretio convenerit, Tit. *de empt. et vend. in princ.* Emptione perfecta, si controversia emptori de proprietate moveatur, negat Ulpianus judices, qui rem exequuntur, de ea re amplius posse cognoscere, sive res addicta tradita sit, sive non sit. Ea re declarat † executionem 2 rei judicatæ, de qua hic agitur duobus modis contineri et perfici, pignorum capione, et eorum distractione. Ex quo evenit, ut rebus distractis eorum judicum, qui sententiam exequuntur, partes cesseut, ut qui officio exequendi functi sint, Arg. *L. judex, 55. inf. eod.*

Ad §. *Sed si emptor*.

Sed si emptor, cui pignora sunt addicta, exequente judice, pretium non solvat; utrum adversus emptorem porrigere manus debeant iidem judices, qui sententiam exequuntur, videndum est. Et non puto eos ultra procedere. Cæterum longe res abibit. Quid enim dicemus? Condemnabunt emptorem, et sic exequentur adversus eum sententiam: an statim pro judicato habebunt? et quid si neget se emisse, aut exsolvisse contendat? Melius igitur erit, si non se interponant; maxime cum nec habeat actionem adversus eum is cui judicatum fieri desideratur, nec injuria afficietur. Oportet enim res captas pignori, et distractas præsenti pecunia distrahi: non sic, ut post tempus pecunia solvatur. Certe si se interponant, hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant, et distrahant, quasi nondum vinculo pignoris liberatam.

SUMMARIUM.

1. *Addicto semel pignore cessare cognitionem judicum pretio quamvis non soluto ostenditur ab Ulpiano, duobus argumentis.*

Emptione perfecta et addicto pignore, si controversia fiat de proprietate, judices rei judicatæ amplius de eo cognoscere non possunt, ut supra dictum est. Quid † si emptor precium non solvat? Quærit Ulpianus, utrum adversus emptorem porrigere manos debeant iidem judices, qui sententiam exequuntur, quasi nondum cessent eorum partes, pretio non soluto. Nec abs re. Pretio enim non soluto nondum videri emptionem perfectam, argumento est, quod tantisper venditori rem venditam licet retinere. *L. Julianus*, §. *offerri*, *D. de act. empt.* Et ut intelligere liceat, quod diximus, post addictum semel pignus cessare judicum partes, quæcunqoe tandem controversia de re vendita, aut de pretio incidat, statuit Ulpianus, nec de pretio eos cognoscere posse, non magis, quam de proprietate. Ac ne dubitemus, recte id dici, moti fortasse superiore obiectione, id ita se habere probat duobus argumentis. Unum est dilemma in illis verbis: *Cæterum longe res abibit*: Dilemma hujusmodi: Si judices, qui sententiam exequuntur, emptorem pignoris volunt cogere, ut solvat: aut de re cognoscent et judicabunt, aut emptorem statim pro judicata habebunt. Si de re judicant, *res longe abibit*, idest, in longum tempus extrahetur. Nam primum rem cognoscent, deinde reum condemnabunt: deinde rem judicatam adversus eum exequentur, ut fert judiciorum ordo, *L. 1. C. de execut. rei jud. L. negantes, C. de obl. et act.* In qua executione fieri rursum poterit, ut emptoribus novis quæstio de pretio moveatur. Hæc autem extractio rei non caret injuria creditoris, qui sibi cupit rem statim dissolvi. Quod si judices emptorem statim pro judicato habebunt, hic vero facient ei manifestam injuriam: quid enim, si dicat se pretium non debere, vel quia se emisse neget, vel quia dicat se exsolvisse? Iniquum est eum indicta caussa condemnari, si solvat id, quod fortasse non debet. *d. L. negantes, C. de oblig. et act.* Ita si prius creditori inutile, posterius iniquum: judices non debent de pretio cognoscere. Altera ratio est in illis verbis: *Maxime cum nec habeat actionem*: Est autem hæc: Non debent judices adversus emptorem cognoscere de pretio: quia creditor, cui judicatum fieri desideratur, id non petit; actionem enim, inquit, adversus emptorem non habet. Recte; nam (23) creditor pignora sub auctione non distrahit; sed debitor per apparitores. Unde solus debitor de evictione obligatur. *L. antepe. 1. §. D. de empt.* Præterea etsi creditor actionem

(23) Ita et Duar *ad d.* §. 7. Quod acriter impugnat A. Fab. 5. *Conject.* 16.

haberet: tamen non afficitur, inquit, injuria, si cum emptore non agat, cum ei alia via facillime consultum esse possit. Oportet enim, inquit, executores pignora præsente pecunia vendere: scilicet, ut ne postea de pretio laboretur. Quod si factom non erit, poterunt quidem se ioterponere judices: sed hactenus ut rem addictam recipiant ab emptore, eamque alii distrahant. Id vero jure publico facere possunt: quoniam res vendita venditori pignori tenetur, quoad pretium solutum non erit. *d. L. Julianus, §. offerri, D. de act. empt.*

Ad §. *Sic quoque.*

Sic quoque judices exequentur judicatum, ut nomina jure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit. Posse enim nomen jure pignoris capi, Imperator noster rescripsit. Sed utrum confessum nomen tantum capi possit, an etiam si neget quis se debere, videamus. Et magis est, ut id duntaxat capiatur, quod confitetur. Cæterum si negetur, æquissimum erit discedi a nomine, nisi forte quis exemplum secutus corporalium pignorum ultra processerit, dixeritque ipsos debere judices de nomine cognoscere, ut cognoscant de proprietate sed contra rescriptum est. Item quid dicemus? utrum ipsi judices convenient nomen, exigentque, id, quod debetur, et in caussam judicati convertent: an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? Et necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exequendam, hoc faciant.

SUMMARIA.

1. *Nomina etiam pignoris jure capi, et quomodo.*
2. *Capi ea lege, si et nihil sit aliud, et nomen ipsum confessum sit.*
3. *Si condemnati debitor neget se debere, antea convictus condemnari debet.*
4. *Quare cum incidit controversia de nomine, summatim non cognosci judex ea de re, ut in controversia de rei proprietate.*
5. *Quid utilius creditori, aut melius consultum esse possit si nolit cum debitore contendere.*
6. *Quod si hoc idem facere cogatur qua actione ex judicati caussa conveniendus sit debitor.*

Quod supra dixerat, ad jura perveniri in venditione, id hoc loco plenius explicati. Ait igitur † etiam nomina pignoris jure capi a judicibus, qui exequuntur judicatum. Nomen debitum est: id quod est in obligatione. *L. nomen, 34. L. qui chirographum. 59. D. de legat.* 3. Sed quomodo capi potest quod incorporale est? Nam obligatio res incorporalis. Tit. *de reb. corp. et incorp.* Ipsum chirographum scilicet, et instrumentum obligationis capietur, hoc capto id captum videbitur, quod instrumento continetur. Arg. in *L. 1. C. de donat.* Sed ut non sit ullum instrumentum, aut non capiatur: id servabitur, quod in servitutibus nempe usus juris, idest, nominis erit pro traditione. *L. quoties via, D. de servit.* Usus autem nominis in eo, ut denuncietur debitori, ne solvat creditori suo, sed ei cui debitor condemnatus est, jure in caussam judicati capto, et converso. Arg. in *L. nomen, C. quæ res pig. ob. pos. L. 1. C. de cond. ex leg. et hoc §.* vers. *item quid dicimus*, simul ut interdicatur creditori ea petitione, ut dicitur in *L. commodis, infr. eod.*

2 Addit, nomina † pignori capi posse in caussam judicati: sed duabus conditionibus. una, si nihil sit aliud, quod pignoris jure capi possit, idem in *L. 2. C. quand. fisc. vel privat.* Altera, si nomen sit confessum, idest si debitor, qui exigitur, fateatur se debere: qui inficiatur, ab eo hoc nomine nihil exi-

gi potest. Idem in *L. 3. C. quand. fisc.* Quid
si debitor condemnati dicatur maliciose ne-
gare se debere? Hic scriptum est, in hac
inficiatione nullo modo nomen pignori capi
posse. Quid ergo res creditori perierit, nec
ei adversus inficiantem ullum remedium
est? imo vero erit, sed ordinarium: non
id de quo nunc agitur, extraordinarium.
Nomen pignori non capietur, sed pignori
dabitur. Tunc capi intelligitur, cum debitor
conventus et confessus cogitor re ipsa pecu-
niam solvere, *L. 1. C. quand. fisc.* quod fieri
dicitur extra ordinem in *L. si pignora, sup.
de evict.* Datur nomen pignori, cum magi-
stratus sententiam exequens jubet res con-
demnati esse pignori, in quibus sunt nomi-
3 na condemnati. Sed si † debitores negent,
ad jus ordinarium remittendi sunt, ut prius
convincantur judicio, deinde condemnetur,
L. negantes, C. de oblig. et act. Cæterum cum
his agi potest judicio, ut cum omnibus,
quorum nomen pignori obligatum est *L.*
4 *nomen, C. quæ res pig.* Hoc loco movet †
Ulpiano dubitationem exemplum rei corpo-
ralis, quæ pignori capta est. De qua si sit
controversia, an sit condemnati, necne; judi-
ces summatim de ea re possunt cognoscere.
§. si verum, sup. ead. L. Quidni in nomine
idem faciant, si dubitetur, an nomen ad
condemnatum pertineat, necne? Sed ait Ul-
pianus, contra rescriptum esse. Quod ne quis
sic accipiat, quasi hujus rei alia ratio de-
sit, (quod minime admitti debet, ne in pari-
bus caussis jus diversum constitui dicamus
contra *L. illud. D. ad leg. Aquil.*) perspicua
est hujus differentiæ ratio. Nam in rebus
corporalibus quicquid statuerit judex de re
restituenda aut distrahenda, nulla afficitur
injuria is, adversus quem id sententia sta-
tuit. Primum non habet necesse debitor rem
reperire, quam restituat; quoniam habet;
neque is, qui ejus rei controversiam facit:
quoniam ea jam est apud executorem. Tum
autem proprietas non recedit. Non enim,
ut supra dictum est, sententia in hac spe-
cie præjudicium facit. At, si nomen exigi-
tur a debitore, utrunque contra fit. Etenim
solvere jussus si pecuniam non habet, repe-
rire cogitur: neque vero potest eam solvere,
nisi pecunia ab eo recedat, et in accipien-
tem transferatur, *L. si nomen, 20. L. qui
sic. 55. D. de solut.* quorum utrunque inju-
riosum est, statui adversus eum, qui con-
victus non sit. *L. negantes, C. de oblig.
et act.*

Et necesse est, ut quod † et facilius vi- 5
deatur ad rem exequendam, hoc faciat, si
existat aliquis, qui nomen emere velit, et
tantum dari, quantum debetur: hoc quidem
sine controversia facilius et melius, quam
cum debitore contendere. Sed etsi debitor
non sit solvendo, satius est aliquid in præ-
sentiarum accipere pro eo nomine, quam ni-
hil inde auferre. Sin debitor solvendo est, et
nemo existit, qui tanti emat nomen, quan-
tum debetur; tum vero nomen, idest, debi-
tum exigere, multo est satius. Convenietur † 6
autem debitor ex judicati caussa non directa
actione, utpote cum quo nihil contractum sit:
sed utili, quæ omni nomine pignori dato com-
petit: *L. nomen, C. quæ res pig.*

Ad §. *Sed et si.* ult.

Sed et si pecunia penes argentarios sit: æque capi solet. Hoc amplius, et si penes alium quem, destinata tamen ei, qui condemnatus est, solet pignoris jure capi, et converti in caussam judicati. Præterea pecuniam quoque depositam nomine condemnati, vel in arca reclusam solent capere, ut judicato satisfiat. Hoc amplius, et si pupillaris pecuniam in arca reposita sit ad prædiorum comparationem, etiam citra permissum prætoris, ab eo, qui exequitur judicatum, solet capi, et in caussam judicati converti:

SUMMARIA.

1. *Nedum peti posse jure capti nominis a debitore condemnati pecuniam incertam sed et certam pignori posse capi quæ sit apud debitorem condemnati.*
2. *Quot modis apud condemnati debitorem possit esse certa id genus pecunia.*

1 Non tantum † jure nominis capti pecunia incerta a debitore condemnati peti potest, ut aurei centum: sed etiam certa pignori capi potest, quæ sit apud debitorem condemnati:
2 dummodo aut † deposita sit apud eum: qualis est ea, quæ datur argentariis. *L. si hominem* §. *ult. D. depos.* aut sit pecunia condemnato destinata: puta pecunia seposita a debitore, vel reclusa in area in hoc, ut creditori, qui nunc condemnatus est, solveretur. Quod si pecunia erit ipsius condemnati, non requiremus, ut sit destinata ad solvendum creditori: sed statim pignoris jure capi poterit, quod adeo verum est, ut vel pupilli condemnati pecunia capi possit: quamvis deposita sit ad prædiorum comparationem.

Ad L. *Sunt qui.* 16.

Idem *Libro LXIII. ad Edictum.*

Sunt qui in id, quod facere possunt conveniuntur: idest non deducto ære alieno, et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur, socius autem omnium bonorum accipiendus est. Item parens.

Ad L. *Patronus.* 17. et seqq.

Idem *Libro X. ad Edictum.*

Patronus, patrona, liberique eorum, et parentes. Item maritus de dote in id, quod facere potest, convenitur.

SUMMARIA.

1. *De beneficio competentiæ quod vocant.*
2. *Tractandarum rerum partitio et ordo.*
3. *Pro numero caussarum propter quas hoc beneficium defertur, sex rite personarum genera recenseri, quibus aliud tribuitur.*
4. *Durare hoc beneficium, etiam conditione personarum mutata, dummodo de eo conveniantur quod stante illa conditione contraxerunt.*
5. *Beneficium hoc esse personale, nec tribui heredibus, præterquam filiis mulieris patris heredibus in actione dotis; et in universum defensori.*
6. *Nomine reverentiæ illis debitæ ita tribui superioribus nonnullis personis hoc beneficium, ut ne pacto quidem huic renuntiare possint.*
7. *Non utitur hoc beneficio qui ex dolo aut maleficio suo convenitur, quibusdam personis exceptis, et quæ.*
8. *In certis dumtaxat contractibus tribuitur nonnullis ex superioribus personis, et quæ sint tales.*
9. *Cæteris in omnibus contractibus hoc idem beneficium dari, veluti marito: et quatenus.*
10. *Tribus tamen conditionibus deferri hoc beneficium, illæ quæ sint.*
11. *Hoc beneficio contineri ut omnis qui eo utitur in id tantum* quod facere potest, *damnetur,* facere, *quid sit.*
12. *Potest qui aut natura aut ex usu hominum, et quale sit utrumque.*
13. *Eum facere posse qui deducto ne egeat habet quod præstet aut in bonis, aut in actionibus.*
14. *Improbatur et refellitur eorum sententia qui cautionem hanc,* deducto ne egeat *putant ad certos dumtaxat pertinere ex iis qui hoc beneficio utuntur, non ad omnes.*
15. *An id quod quisque facere potest æstimandum sit, prius alieno ære deducto, dubitandi ratio.*
16. *Diversum ea de re jus esse constitutum in donatore, ac cæteris.*
17. *Hunc quidem dosse facere* existimari, *minime eo deducto, quod debeatur inter eos quibus ex* simili caussa *obstrictus est, et quæ similis hic caussa habentur auctori.*
18. *Minime vero posse facere videri nisi omni ære alieno deducto quod solidum potest exigi.*
19. *Cæteros excepto donatore in id quod facere possunt condemnari, nullo ære alieno deducto.*
20. *Difficultas remoratur quæ objicitur ex Ulpiano.* l. C. L. sed an hic 3. D. quod cum eo, *ubi ei perstringitur tentata ab aliis conciliatio.*
21. *Unumquemque deducere debere quod ei sufficit ad victum ex suis bonis, non ex alieni:.*
22. *Adeoque nec maritum deducere posse de rebus dotalibus, ut habeat unde vivat.*

23. *Locus juris ex L. unic. C. de rei uxor. act. objectus diluitur.*
24. *Conveniri in id quod facere quis potest, duo continet; I. ut nec queat conveniri si nihil possit deducto ut egeat. aut de minimo, si minimum possit.*
25. *II. In solidum conveniri, si solidum queat facere deducendis deductis, eaque de re posse diversis temporibus conveniri.*
26. *Ideoque exceptionem hanc competentiæ quam vocant, dilatoriàm esse, non peremptoriam.*
27. *An et quatenus facere quis potest spectari tempus rei judicatæ; et quæ hinc consectaria.*
28. *Cur hiç iudicati tempus spectetur non litis contestatæ.*
29. *Dubitandi ratio.*
30. *Ejusque solutio.*

Si debitor recte definitur is, quo invito
exigi pecunia potest. *L. debitor, D. de verb.
sig.* Nemo debitor est, nisi a quo solidum,
quod debet, potest exigi. Debet autem, quisquis aliqua actione in personam tenetur.:
alioqui actione non teneretur. ut declarat
definitio actionis. Quare qui actione aliqua
tenetur, sine dubio ab eo solidum peti potest, quod si potest. antequam quidquam
de eo actum sit: multo magis tum poterit,
eum et de eo actum fuerit, et de eo res
erit judicata. Et hoc quidem juris ratio
1 exigit, sed † sunt, quibus humanitatis caussa hoc tributum est, (1) ut ne in solidum,
sed in id solum, quod facere possunt, conveniantur, de quibus simul et de hoc genere beneficii capitibus sequentibus agitur.
Locus patet latius: qui ut ratione et via a
2 nobis explicetur, † primum quærendum
puto de personis, quibus hoc tribuitur,
quibus ex caussis, et quibus conditionibus:
tum videndum de genere ipsius beneficii,
quid sit facere posse, quas deductiones ea res
admittat, et quibus ex bonis: præterea, quid
sit in id, quod facere possis conveniri: postremo, quo tempore spectandum sit, an quis
possit facere, utrum litis contestatæ, an rei
judicatæ.

Illud ergo primum, ut videamus, qui (2)
sint, qui in id, quod facere possint, conveniantur. Nam hoc loco neque omnes enumerantur, neque in iis, qui enumerantur
ratio beneficii exprimitur. In hoc genere † 3
igitur sunt numero sexdecim personæ, quas
mihi commode in sex genera distribui posse
videntur. Tot enim sunt caussæ, propter
quas huc beneficium defertur. Aut enim
sanguine conjunctis tribuitur: aut conjunctis per matrimonium: aut iis qui horum
conjunctionem imitantur: aut pro præmio
iis, qui de nobis bene meriti sunt; aut iis
qui meriti sunt bene de republica: aut pietatis et humanitatis caussa iis, quos constat
non malo more sua bona amisisse. In (3)
sanguine conjunctis, quibus hoc propter
summam conjunctionem tribuitur, tres
sunt. (4) Parens. *L. sunt. qui hic* Item liberi. *L. cum. ex caussa, inf. eod. L. etiam, D.
sol. mat.* Item (5) parentis nostri liberi. ut
est in *L. patronus,* 17. *infr.* idest, fratres

(1) Vulgo Beneficium exigendi, item privilegium hoc exceptione competentiæ vocant. De quo Vult. Mudæ. Sneidvin. Harp. et alii *ad* §. *item si de dote.* 37. *et seq. I. de act.* Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 3. *n* 112. *et seqq.* Zang. *d. Exc. P.* 2. *C.* 14. A. Gentil. 4. *Lect. et Epist.* 1. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I.* Hartm. Hartm. *Tit.* 18. *Obs.* 2. Vinc. de Franch. *Decis.* 164. *et* 181. Ant. de Gamma *Decis.* 25.

(2) Donvenit Don. *noster ad* §. *sunt præterea.* 36. ipsi 28. *et seqq. I. de act. n.* 3. Et ex eo Vult. *ibid. n.* 9. Tribui hoc vel ob personam rei: Et aut ob conjunctionem sanguinis, affinitatis vel societatis, aut ob reverentiam patrono, aut ob meritum militi, aut ob miserationem ei qui bonis cessit, etc.

(3) Signum hoc est, ait Ant. Massa Gales. *de jud. bonæ fid. n.* 19. quantum ipsis legum conditoribus curæ fuerit amicitia, cujus proprium est, non id omne, quod pro debito est, exigere, sed id tantum exposcere, quod fieri potest.

(4) Utrinque in infinitum. Coras. *ad* §. 38. *I. de act. n.* 1. A. Gentil. 4. *Lect.* 1. Etsi ex caussa tutelæ conveniatur mater. quæ omni beneficia renunciavit, Gutierrez. *Lib.* 2. *Pract. Q.* 26. *n.* 2.

(5) Ita Don. *ad* §. 36. *et seqq. I. de act. n.* 3. Si illis ab imaginem fraternitatis, magis veris fratribus, et Duaren. *ad L.* 16. *et* 2. *seqq. h. t.* Vult. *d. loc. n.* 11. Harprecht. *ad* §. 38. *Inst. de act. n.* 8. *et* 9. Marq. Freher. 1. *Parerg.* 5. ne minus possit natura quam accidens, veritas quam fictio. Coras. *ad dict.* §. 38. *n.* 1. ne imitator exemplari potior sit. Forcat. *Cupid. jurisperito. Cap.* 1. *n.* 1. ne melior sit comparatio comparato. Tessaur. *Dec.* 119 Quin et fratres alimenta sibi mutuo debent, *L. qui filium.* 4. *ubi pupil. educ.* Vitari autem circuitus expedit. Coras. et Tessaur. *d. loc.* Quin etsi Lex deficeret, extensio hic ex æquitate fieri posset, *Argum. L.* 20. *in fin. h. t.* Tess. *d. Decis.* 119. qui et *Decis.* 152. *n.* 5. ita in Senatu Pedem. judicari. Diss.

nostri. Et sane Ulpianus in *L. verum, D. pro soc.* non recte colligeret, socio hoc beneficium esse tribuendum ideo, quia societas jus fraternitatis continet: nisi prius constaret hoc fratri tribui. In iis, qui per matrimonium conjuncti sunt, quibus, hoc idem tribuitur, sunt quatuor: (6) maritus *d. L. patronus, infr. L. maritum, D. sol. mat.* item mariti pater: idest, socer uxoris. *L. sicut, inf. eod. L. rei judicatæ, §. ult. et L. seq. D. sol. mat.* item (7) uxor. *L. non tantum, inf. eod.* item, uxoris pater: idest, socer mariti. *L. sicut, et seq. L. ex diverso, de sol. matr.* quod quatenus verum sit, postea exponetur ad *d. L. sicut, inf.* Qui horum conjunctionem (8) imitetur sine affinitate et sanguine, unus est socius. Nam, ut dixi, societas jus fraternitatis quodammodo in se continet. *d. L. verum, pro soc.* Itaque placuit tribui hoc beneficium omnibus sociis, sive sint omnium bonorum socii, sive unius rei *L. sunt qui, in fin. hic, et d. L. verum.* In iis, qui de nobis bene meriti sunt, sunt quatuor: qui (9) manumisit patronus, patronave. Item, propter hos, liberi eorum: parentes. *L. patronus, inf.* item qui ex donatione sua convenitur. *L. qui ex donatione, D. de dona. L. inter, §. is quoque inf. eod.* In his, qui sunt (10) bene meriti de Repub. unus est miles, qui sub armata militia stipendia meruit. *L. miles. sup. L. item miles, infr. eod.* In iis autem, qui bona sua amiserunt, quibus hoc idem defertur, sunt tres: is (11) qui bonis cessit. *L. 4. inf. de cess.*

Alb. Gentil. 4. *Lect.* 1. Conna. 7. *Com.* 13. *n.* 18. et relati a Tessauro *d. Decis.* 119. Confer. Langlæ. 3. *Semestr.* 2. *pag.* 142. *et seqq.* ubi bellissime de amore et vinculo fraterno, et Tiraq. *ad L.* 8. *Cod. de revoc. don. v. Libertis, n.* 92.

(6) De hoc mariti beneficio plura pete ex Zas. *ad L. maritum* 12. *et seqq. D, sol. matr. et Lib.* 2. *sing. Respons. Cap.* 1. Petr. Barbosa *in d. L.* 12. *ipsi* 13. *et seq.* Cujac. 24. *Observ.* 38. Joan. Campez. *Tr. de dote Part.* 3. *Q.* 228. *et seqq.* Scipio. Gent. 1. *de do. inc. vir.* 34. Matth. Brun. *de Cessione bonor. Q.* 20. *quæstionis* 4. *principalis.* Et num marito putativo (exempli grat. cum matrimonium ob cognationem aliudve impedimentum non consistens de facto contractum) competat, Zas. *ad d. L.* 12. *et seqq.* n. 14. Fachinæ. 10. *Contr.* 30. qui negant. Facit *L.* 42. §. 1. *solut. matrim. Cap.* 1. ibi: totam dotem *de don. int. vir.*

(7) Idem vero honor socero qui patri debetur, Langlæ. 7. *Semestr.* 3. *pag.* 313. Vid. *et* M. Anton. de Amatis *Decis.* 16. Idem in genero ac nutu affirmat. A. Gentil. 4. *Lect.* 1. tum argum. *L.* 14. §. *ultim. de rit. nupt.* tum quia filius et gener æquiparantur, *L. si quis* 3. *Cod. de natur. lib.* Secus vero statuit idem in privignis cum Jasone et aliis.

(8) Belle Marq. Freher. 1. *Parerg.* 5. ideo esse speciem fraternitatis, quia quod fratribus dat successio paterna et bonorum collatio, id sociis voluntas et contractus, dum sponte sua communicantes se sibi invicem in fratrum locum adsciscant. Societas voluntaria fraternitas; fraternitas necessaria societas, tantisper durans quandiu concordia etc. Collegas quoque, dignitatis vel officii communione socios, fratrum sibi invicem loco esse, belle ostendit Langl. 2. *Semestr.* 4. Unde idem jus quoad eos inferri fortasse an poterit.

(9) Quod quidam potrahunt ad omnes eos, quos sine venia in jus vocare non licet (de quib. *supr. lib. Civil. Comment.* 23. *Cap.* 2. *N.* 22) Vid. Bart. Hartm. *Tit.* 18. *Observ.* 2. *n.* 12. *et seqq.* Ac in domino ac vasallo idem statuit quoque Duar. *ad L.* 16. *h. t.* Nam et eundem egenum vasallus alere tenetur, Vid. Rittershus *Partit. feud. Lib.* 2. *Cap.* 1. *n.* 40.

(10) Vid. Georg. Acac. Enenkel. *Lib.* 2. *de Privileg. militum, Cap* 19. Matth. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 11. *quæstionis* 4. *principalis.*

(11) Qui cessit, non qui cedit. Nam dum cedit bonis, nihil ei relinquitur, sed, ut loquuntur, cessio fit usque ad peram et sacculum, nec quidquam relinquitur præter camisiam et vestem pannicularem, qua corpus tegat, Coler. *Parte* 1. *Cap.* 6. *n* 111. Gomez. 2. *Var. Resol.* 11. *n.* 65. etsi contra statuat Harpr. *ad d.* §. *ult. I. de act. n.* 9. *et seqq.* Cæterum qui cessionis bonorum materiam pernosse avet, adeat Matth. Brun. *Tract. de Cess. bonor.* Roder. Suarez. *in L.* 2. *Foro legum Lib.* 3. *tit. de cess. bonor.* P. Gregor. 22. *Synt.* 8. *et* 9. *seqq.* Hotm. *ill. Q.* 26. Forner. 2. *Select.* Parlador. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. Parte* 5. §. 7 Covar. 2. *Var. Resol.* 1. Menoch. *Arb. Cap.* 183. Fachinæ. 13. *Contr.* 69. Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 70. Trentacinq. *Lib.* 3. *Pract. Resol. Tit. de Solut. Resol.* 27. Coler. *de Process. Parte* 1. *Cap.* 3. *n.* 256. *et seqq. et Cap.* 6. *n.* 11. *et seqq.* Rulant. *de Commiss. Parte* 4. *Lib.* 9. *C. ultim.* Hering. *de Fidejuss. C.* 5. *n.* 96. *ac seqq.* Sneidvin. *ad* §. *ult. I. de act.* Wes. *Cons.* 50. Afflict. *Decis.* 378. *et seqq.* Tessaur. *Decis.* 36. *et* 182. Guid. Pap. *Decis.* 221. Meichsner. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 21. P. Heig. *Parte* 1. *Q.* 25. *Consult. Sax. Vol.* 1, *Parte* 3. *Q.* 25. Simon. Pist. *Cons.* 3. *Q.* 2. *Vol.* 1. Quædam etiam *infra N.* 15. 16. 18. 19. 22. *et* 26. Usurarius si bonis cedat, num huic beneficio locus? Vid. P. Gregor. *Lib.* 3. *de Usur. Cap.* 6. qui post multam disceptationem in affirmativam proclivis. Sed Alfons. Villagut. *de Usur. Q.* 31. *Concl.* 8. *n.* 58. *et seq.* contrarium probat.

bonor. §. *ult. inst. de act.* Item (12) filius emancipatus: item exheredatus: si modo de eo conveniantur, quod cum his contractum est, cum essent in aliena potestate. De quo extat edictum prætoris in *L.* 2. *D. quod cum eo.* hinc. *L. et exheredatum.* 49. *inf. eod.* Ei qui bonis cessit hoc concedi propter bona amissa, testatur Justinianus in *d.* §. *ult. inst. de act.* Consentaneum igitur ob hanc ipsam caussam idem tributum esse emancipato et exheredato. Et certe quandiu filius est in domo et familia patris, a patre alitur ita, ut ei nihil desit. Atque etiam peculium, quod ei a patre datur, habet pro suo patrimonio. At emancipatione et exheredatione defuncti patris hæc omnia amittuntur, Nam et post illa filius subsidium vitæ a patre jam nullum habet: et peculium superioribus duabus rebus esse desinit, *L. ult. D. quand. action. de pec. annal.* Hæ personæ si jam sigillatim enumerentur, efficiuntur ut dixi, numero ad sexdecim. Caussas beneficii hujus genera suprascripta declara-
4 bunt. Illud circa † has personas notandum
est, non tantum his hoc beneficium tribui manente conditione propter quam beneficium tribuitur: sed etiam conditione mutata: dummodo conveniantur de eo quod stante illa conditione contraxerant. Utputa, maritus (13) non tantum in id quod facere potest, convenitur quandiu maritus est: sed etiam soluto matrimonio. *L. unica,* §. *cum autem, C. de rei uxo. act.* sed de dote, quæ non nisi contractis nuptiis esse incipit, et item de cæteris, quæ constante matrimonio contraxit, ut proximo capite dicetur. Similiter et socius non nisi societate distracta isto modo convenitur: quoniam actione pro socio mota solvitur societas. *L. actione. D. pro soc.* Quo exemplo et socer mariti quamvis affinitate dissoluta, non nisi quatenus facere poterit, convenietur: de quo dicam amplius ad *L. sed hoc ita,* 22. *inf. eod.*

Personis suprascriptis ita † hoc beneficium 5
tributur, ut ipsis tribuatur tantum, non etiam eorum heredibus: quia tale beneficium personale est, et cum persona extinguitur, *L. maritum. et L. quia. seq. D. sol. mat. L. privilegia, L. in omnibus caussis id observatur, D. de reg. jus.* Datur (14) tamen tamen in actione dotis filiis mulieris, qui patri heredes extiterunt. *L. etiam, D. sol. mat.* huic et liberi sunt ejus, quæ agit, et præterea personam patris sustinent. In universum autem datur defensori. *L. aliæ, D. sol. mat. L. verum, in pr. D. pro soc.* propterea quod defendere est, eandem vicem quam reus, subire. *L. minor, in fin. D. de*
procu. Ex his omnibus sic † tribuitur (15) 6
hoc beneficium, marito, socero, et similibus.

(12) Item qui coactus se immiscuit, ut restituat hereditatem. *L.* 5. §. *ult. Quod cum eo.* Idem in filiofam. tutore *L.* 11. *de tut. et rat. distr.* Vid. A. Gent. 4. *Lect.* 1.

(13) Modo contractus eo constante initium sumpserit, Vid. *infra N.* 17. Quod memoria et honor prioris matrimonii, quo obligatio contracta est, exposcit, Cujac. 2. *diff. Modestin. ad L.* 20. *hoc tit. pag* 48.

(14) Sive sui sint, sive emancipati, si a matre, non si a noverca conveniantur. P. Fab. *ad L.* 68. *de R. I.* Vid. et Gomez. *in L. Tauri.* 50. *et* 3. *seqq. n.* 49.

(15) Ubi ratio, et quia decus matrimonii minuit. Gæddæus *ad leg.* 3. *pr. de V. S. n.* 40. Vid. Duaren. *ad. d.* §. 1. fuse P. Barbosa *ibid.* Quid si juramentum accessit? Idem est per *dict.* §. 1. verbis: *contra bonos mores.* Duar. *ibidem,* Vid. Gomez. *in L. Tauri.* 50. *et.* 3. *seqq. n.* 49. Gutierrez *de Juram. confirmat. Parte* 1. *Cap.* 16. *n.* 47. *et seq.* Zas. *ad L.* 12. *et* 7. *seqq. Sol. matr. n.* 35. *et seq.* Dissent. Jac. Butrigar. *Tr. Renunciat. jur. civil.* Etsi autem aliorum renunciationem valere receptius sit, uti militis, socii, donatoris etc. Coler. *Part.* 2. *Cap.* 3. *n.* 122. de clericis tamen diversum statuit, post Covar. 2. *Var. Resol.* 1. *n.* 9. P. Barbosa *ad d. L.* 14. ipsi 15. §. 1. *n.* 20. *et seq.* tum quod in iis jus publicum primario spectetur, *per L.* 1. §. 2. *de just. et jur.* tum quod in opprobrium totius ordinis cedat, si ad mendicitatem eorum aliquis redigatur. Nam autem juri seu facultati cedendi bonis renunciari possit, gravis contentio est. Quod etsi crebriores Interpp. negent, teste Coler. *Parte* 1. *Cap.* 6. *n.* 39. *et n.* 86. Asin. *de Exsecut.* §. 2. *Cap.* 1. *n.* 6. Bronch. 4. *Enant.* 20. Gutierrez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 18. Gail. 2. *de Par. publ.* 2. *n.* 23. Tessaur. *Decis.* 36. *n.* 3. *et* 4. P. Barbosa *ad d. L.* 14. ipsi 15. §. 1. *n.* 48. *et seqq.* adeo ut plerique horum nec juratam renunciationem valere velint, tanquam, ut Barbosa *d. loc. n.* 51. *ac seq.* bonis moribus adversa sit, nempe misericordiæ, caritati et affectui humanitatis; cum ea hoc agatur, ut nulla ratione debitor carcerem evitet, unde tamen creditori nulla utilitas. Contra tamen rectius Bald. et alii, quos refert Catellian. Cotta *in memoralib.* Verbo: *solvi non potest* et sequitur ac firmat Cov. 2. *Var. Resol.* 1. *n.* 7. *et in C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *Parte* 2. *Relect. pr. n.* 20. *ac* Harp. *ad* §. *ultim. Instit. de act. n.* 12. *et* 13. Nam et conventio, qua quis se ad carcerem adstringit, firma, ut not. *infr. ad L* 34. *N.* 1. Et hac ipsa conventione non tam se carceri obligat, cui legis dispositione sine consensu suo obligatur, quam spe-

qui propter reverentiam sibi debitam con-
veniri non possunt, ut ne pactione quidem
possit effici, ne iis eo beneficio, et defen-
sione uti liceat: quia alioquin pactum sit
contra bonos mores. *L. alia.* §. 1. *D. sol.
mat.*

Nunc monendi sumus hoc beneficium
supra scriptis personis non omnibus in caus-
7 sis tribui. Primum † nemo (16) hoc bene-
ficio utitur, qui ex dolo, aut maleficio suo
convenitur. *L. si rerum.* 52. *L. sed hoc ita*,
22. §. *ult. infr. eod. L.* 4. §. *quamvis, D.
quod cum eo.* et in universum sic haben-
dum est, nulli in maleficiis succurri. *L. si
ex caussa*, §. *nunc videndum. L. auxilium
D. de mino.* Excipiuntur tamen in hac spe-
cie, parens, patronus, patrona, liberi, pa-
rentesque patroni. *L. parens, L. licet, D. de
obs. a lib.* eam ob caussam, quæ redditur
in *L. liberta eod. tit.* Quod ad contractus
8 attinet †, certæ sunt personæ ex suprascri-
ptis, quibus hoc beneficium certis tantum
ex contractibus defertur. Nam et donator
hoc jure solum utitur, cum ex donatione
sua convenitur. *L. qui ex donatione, D. de
donat. L. inter* §. *is quoque eod.* et socius
tum cum convenitur judicio societatis. *L.
sunt qui, hic*, §. *antep. inst. de actio.* et
emancipatus, itemque exheredatus, cum con-
veniuntur ejus rei nomine quæ cum his,
cum in potestate essent, contracta est. *L.* 2.
9 *D. quod cum eo.* Cæteris † personis hoc be-
neficium in contractibus omnibus datum
est. Exemplo est maritus, quem constat non
tantum dotis nomine in quantum facere po-
test, condemnari (quæ tamen caussa sola
matrimonii propria est: ut quæ matrimonii
tantum gratia contrahatur) sed ex aliis quo-
que contractibus *L. patronus*, 17. *et L. non
tantum. et LL. seqq.* Quod tamen sic ac-
cipiendum est, si aut conveniatur maritus
constante adhuc matrimonio: quo tempore
ex omnibus etiam ante contractibus, hoc
beneficio uti potest: aut conveniatur quidem
soluto matrimonio: sed de eo negotio quod
contractum est manente personæ conditione,
propter quam hoc beneficium tribuitur. I-
taque si maritus, exempli gratia, quid con-
traxerit cum uxore matrimonio constante,
semper de eo in id quod facere potest, con-
demnabitur. Sin soluto matrimonio aliquid
gerat cum ea, quæ olim uxor fuit, in ea
caussa erit, ut cesset beneficium. *L. divor-
tio, D. de neg. gest.* Non abs re. Nam hic
nec convenitur maritus, nec convenitur de
eo, quod maritus contraxit. Plane si (17) ma-
ritus soluto matrimonio aliquid gesserit cum
uxore quo veterem contractum solum con-
firmaret, non ut rem inchoaret novam: bene-
ficium non amittet; ut si soluto matrimonio
constituat id, quod ante contraxerat. *L.* 3.
D. de const. pec. L. qui id quod, D. de donat.

Sed quibuscunque in caussis hoc † be- 10
neficium propositum est, certis tantum con-
ditionibus tribuitur. Et his quidem tribus:
una est, si non is, qui convenitur, mentitus
de sua conditione fuerit, propter quam hoc
beneficium assequebatur. Si filiu-familias,
exempli caussa, contracturus cum aliquo
mentitus sit se esse patremfamilias, ut eum
ad secum contrahendum facilius induceret,
in solidum damnabitur. *L.* 4. *D. quod cum
eo.* Egregie illud dictum est, deceptis non
decipientibus jura opitulari. *L.* 2. §. *verba.
D. ad velle.* Altera conditio est, si (18) non
qui convenitur, dolo fecerit, quominus fa-

ciale cum evitandi remedium abdicat. Unde et cessionis beneficium legibus provincialibus tolli potest. Sicuti et jure Hispanorum, Gomez. *in L. Tauri* 79. Barbosa *dict. loc. n.* 53. Cessio hæc carcere non liberat. Ut nec jure Saxonico antiquo (hodieque jure Lubecensi *tit.* 3. *art.* 1.) a traditione ad manus creditoris et præstatione operarum servilium, Coler. *de Process. Par.* 1. *Cap.* 6. *n.* 114. *et Decis.* 134. *n.* 49. Beust. *ad leg. admonend.* 31. *de jurejurand. n.* 343. nec, postquam illa sublata, a carcere, *Novell. Electoral.* 22. *Part.* 2. Licet contra Coler. *decis.* 135. *n.* 10.

(16) *L.* 52. *hoc tit. L.* 21. §. *ultim. Rer. amot.* Hinc dicitur *in L.* 20. *hoc tit.* ex aliis *contractibus* ut excludantur delicta, Cujac. 24. *Observ.* 38. *et* 2. *Diff. Modestin. ad d. L.* 20. Hartm. *Tit.* 18. *Observ.* 2. *n.* 24. Sic ex delicto ad pœnam pecuniariam obstrictus, cessione bonorum carcerem non evitat, sed in corpore luit, quod in ære non habet, vid. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 4. *principali n.* 5. *et q.* 17. *dict. quæstionis* 4. Harpr. *ad* §. *ultim. I. de act. n.* 6. *et* 7. Anton. Faber. *C. suo tit. Qui bon. ced. defin.* 4. *et* 5.

(17) Ita Cujac. 24. *Observ.* 38. *et* 2. *diff. Modestin. ad L.* 20. nisi contractus post divortium habitus sit appendix, seu accessio obligationis principalis contractæ in matrimonio. Add. Anton. Fab. *ad d. L.* 35. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I. pag.* 167.

(18) Hart. Hartm. *tit.* 18. *Obs.* 2. *n.* 10. Sicuti et qui fraudulenter sua alienavit, cessione excluditur, *L. ultim.* §. *ultim. Quæ in fraud. cred.* Gomez. *in L. Tauri.* 79. *n.* 2. *et* 2. *Resol.* 11. *n.* 52. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 28. *quæstionis* 4. *principalis*, et citati supr. *lib. Civil. Comment.* 23. *Cap.* 18. *V.* 23. Et quod decoctores, qui malo more sua prodegerunt, cessio carcere non liberet, Ben-

cere posset, *L. si quis dolo*, 51. *inf. eod. L. verum*, §. *hoc quoque*, *D. pro soc. L. unica*, §. *cum autem*. *C. de rei uxo. act.* quippe semper pro possessore dolus est. *L. parem*, *L. qui dolo*, *D. de reg. jur.* Tertia est conditio propria sociorum, si socius se socium esse confessus sit, qui si (19) se socium negaverit, in solidum eum condemnari placet. *L. si unus*, 67. *in fin. D. pro soc. L. sed hoc ita*, 22. §. *ult. inf. eod.* Hoc, ut ante dixi, ita de sociis dictum est, ut non debeat ad cæteras personas transferri. Socius enim voluntate sua efficere potest, ne sit socius: certe societatem sociis renonciando eo modo socios suos a se liberat. *L. actione*, §. *diximus*, *D. pro soc.* At cæteri, puta maritus, aut miles dicendum se maritum, aut militem non esse, non faciunt, quo minus sint, quod se esse negant.

11 Iam quid † hoc beneficio contineatur,
12 videamus. Et *facere*, præstare est. Posse †
autem quisque dicitur aliter per rerum naturam, aliter usu, et consuetudine sermonis. Natura is potest facere, qui habet in bonis, quod det. Quod enim habet quisque, re ipsa tradere potest; eo tradendo dominium transferre. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Atque ita solvit. Sed usu et consuetudine hominum loquendi, sive ratione civili posse is dicitur, non qui potest, nulla habita ratione honestatis et dignitatis suæ: sed solum qui honeste et salva dignitate potest. *L. nepos*, *D. de verb. sig. L. filius*, *D. de cond. inst.* Inde factum est, ut in condemnatione earum personarum, quæ in id quod facere possunt, condemnantur, (20) placeat ipsarum rationem haberi debere, ne egeant. *L. in condemnatione*, *D. de reg. jur. L. inter*, 19. *infr. eod.* idest, tantum deducendum esse, quantum condemnato sufficiet ad vitam et alimenta, ubi aliter suis operis se tolerare non potest. *L. cum ex caussa*, 30. *inf. eod. L. si quis a liberis*. §. *Divis*, *D. de agn. liber.* Hoc vero ex jure certo et constituto sumptum non est: alioqui Paulus in *d. L. inter*, *inf.* non diceret, *puto donatori non totum extorquendum*. Unde igitur? ex significatione nimirum et usu verbi *posse*. Nam qui ita potest, ut nihil postea reliqui habeat ad victum: huic necesse est aut mori, aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere, quorum nihil salva dignitate fieri potest proinde ne fieri quidem posse videtur: eoque nec illud, per quod ad ista pervenitur, nempe solidum quod habent, solvere. *D. L. filius*. *D. de cond. inst.* Quo
intellecto recte † definiemus omnem fa- 13
cere posse, qui habet in bonis quod præstet, sed deducto prius, quantum illi ad victum sufficiat, ac si quis quid habet, deducto eo, ne egeat, certum est eum, id facere posse. Itaque etiam facere posse quisquis æstimandus est, qui potest ab alio actione consequi. *L. facere*, *D. sol. mat.* idest, quod est in actionibus et petitionibus. Nam et hoc in bonis cujusque numeratur. *L. bonorum*, *D. de verb. sig.* Sed hactenus non ut cogatur præstare quod agendo potest consequi, sed ut cedere actionem habeat necesse: ac cedendo eam liberatur. *L. si maritus* 43. *D. sol. mat.* quippe hanc vere solum habet. Huc facit. *L. quod debetur*,
in fin. D. de pec. Illud inter omnes † non 14
convenit, an in condemnatione earum personarum, quæ in id, quod facere possunt, condemnantur, nemo facere posse existimandus sit, nisi qui posset deducto eo, quod satis sit, ne egeat. Fuerunt enim (21) qui putarent, hanc deductionem certis tantum personis concedi, puta donatori, patrono parenti, et si quæ sunt similes personæ, quæ ali ab actore debeant: conjectura ducti ex *L. cum ex causa* 30. *infr. eod.* sed præcipue §. *item de dote*. *Inst. de action.* quorum locorum in altero non omnibus generaliter hæc deductio tribuitur, sed donatori nominatim: deinde subiiciuntur hæc verba; *quod ipsum maxime et inter parentes et liberos observandum est.* In altero traditur maritum, qui in eodem numero cum superioribus non est, eatenus condemnari debere, quatenus facultates ejus patiuntur, idest, ut interpretantur, in solidum, quantom est in debitoris bonis. Quæ sententia optimæ parti

ven. Straccha *de Mercatorib. Tr. de Decoctorib. Part.* 3. *n.* 9. Beust. *ad L. admonendi n.* 343. Gothm. *Jur. resp.* 19. *Vol.* 1.

(19) Vulgo DD. eum qui debitum initio inficiatus, cedere bonis non posse convictum docent, Vid. Brun. *de Cess. bon. Q.* 2. *n.* 6. Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 70. *n.* 5. Quod refellit Harp. *ad* §. *ultim. I. de act. n.* 15. quia et judicatus cedere potest. *L.* 1. *C. Qui bon. ced.* quem negasse necesse est, et Fachinæ. 13. *Contr.* 69. *per L. nemo.* 43. *pr. de R. I.*

(20) Nec necessaria solum alimenta, quibus vita sustentari potest, sed et ratio dignitatis vel conditionis personæ debitoris in definiendis alimentis habetur, cum lautioribus cibis nobilem quam rusticum vesci oporteat etc. De quo Adamant. Dionysius *de Divisionib. act. Q.* 4. Tiraquel. *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 143. *et seq.* Hart. Hartm. *tit.* 18. *Observ.* 2. *n.* 3. *et seq.* Coler. *Parte* 2. *Cap.* 2. *n.* 115. *et seqq.*

(21) Hot. 6. *Observ.* 17.

interpretum merito displicuit. Nam qui la cus hujus rei definitionem ex professo habet, nempe. *L. in condemnatione, D. de reg. jur.* in eo scriptum est, hanc dedotionem fieri in cundemnatione non hujus, vel illius, sed generaliter in condemnatione earum personarum, quæ in id, quod facere possunt, condemnantur. Quem ad hocum eludendum ingeniosa quorumdam responsio exauditur, qui dicunt, quod illic generaliter et infinite scriptum est, ad donatorem et similes personas esse revocandum, quippe *L. in condemnatione* sumptam esse ex *Lib. 6. Pauli ad Plautium*, inde et *L. inter. 19. infr. eod.* Porro constare in *d. L. inter*, Paolum de donatore, tantum, patre, patronoque scribere, quibus hoc tribuat, ut eorum ratio debeatur, ne egeant. Quasi vero quidquam prohibeat, quod de suprascriptis personis a Paulo scriptum est, postea generali definitione ab eo ad cæteras personas duæ in id, quod facere possunt, conveniuntur, esse translatum: aut quasi necesse sit, quia de tribus istis personis scribitur in *d. L. inter*, id omnia, quæ de hoc genere personarum a Paulo scripta sunt, eo fragmento contineri. Quod igitur generaliter de toto genere earum personarum definitum est in *d. L. in condemnatione*, id accepimus, idque ita faciendum est, nisi si usquam in alia specie nominatim id mutatum legimus, quod nusquam reperietur: certe ab istis non probatur. Adde jam superiori definitioni usum et significationem verbi, *posse*, de qua dixi: quæ ut maxime nihil a veteribus Jurisconsultis hac de re definitum esset; tamen hanc interpretationem a nobis exprimeret. Sed præcipue confirmatur, in omnium persona hoc deductionis genus, exemplo ejus, qui bonis cessit. Is convenitur in id solum, quod facere potest. *L. 4. D. de cess. bon.* at quomodu? nempe ita, ut non totum illi extorquatur, quod habet, sed semper ei quotidiana alimenta relinquantur. *L. 6. D. de cess. bon.* Si extraneo, et ei, cui nihil debemus, hoc beneficium damus: quantu magis fratri, socio, marito, uxori idem tribuendum est? Postremo hoc recte dicitur, iis, qui in id, quod facere possunt, pro beneficio conveniri jubentur, aut hoc tribuendum esse, ne solidum ab iis exigatur, aut plane nullum esse hoc beneficium. Quid enim cæteri omnes debitores, quibus item non tribuitur, pati possunt durius, quam ut solidum iis extorqueatur? An quidquam vero ultra quam possunt, his detrahi potest? Scilicet in carcerem duci possunt, nisi solidum solvant, etsi id facere non possint: hoc non ita est. Non enim ducuntur, si bonis cedant. *L. 1. C. qui bon. ced. poss.* At saltem bonis cedere coguntur, dixerit aliquis: quod non item facere coguntur ii, qui in id, quod facere possunt conveniuntur. Quid tum postea, si utrisque pariter quod habent exturquetur? An durius videtur bona exorquendi volenti et bonis cedenti, quam invito, nec cedenti? At hoc ipsum (22) turpe est, bonis cedere. Ego vero quæ turpitudo sit id facere, quia opprimaris ære alieno, potius quam aliis casibus humanitatis bona amittere, non animadverto. Scribit Cicero *in oratione pro P. Quintio*, honorum distractionem sub auctione pati, turpe esse, ubi vox præconis dete non minus, quam de bonis tuis prædicet (quanquam hoc miserum et luctuosum magis, quam turpe) illud nusquam legimus, turpe esse bonis cedere: quod etiam pro summo beneficio rois datum est. Quid si etiam ei cui nihil in bonis ad victum relinquas, mitius est, et optabilius in carcerem duci, quam non duci? Nam ei, qui in carcere non sit, si quidem omnia, quæ habet, extorquentur, nihil relinquitur, nisi ut illi fame sit pereundum, ubi scilicet nemo eum alere cogatur; quod aliter evenit ei, quem creditor in carcerem deducendum curaverit: ibi enim a creditore ali debet ex lege XII. tab. quæ jubet victum subministrari ad certum modum ei, quem in vinculis detineas: ut Gellii, natibus percussis, eadem verba proferens,

(22) Immo etsi juris non tamen facti ignominia cessat, Vid. *not supr. lib. Civil. Comment.* 18. *Cap.* 6 *N.* 9. Forner. 2. *select.* 27. Fopp. *ab Aezema. 1. Dissert.* 21. *sub fin.* Quin pluribus locis contumeliosi cessiones hujus ritus recepti. Sicuti in Francia præsentes in judicio aperto capite discincti, sive adjecta zona cedere coguntur, Forner. *L. doc.* Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 70. *n.* 15. Pluribusque Italiæ locis obæratus in loco publico nudus natus ter ad lapidem vel columnam percutit, clamitando *cedo bonis*, Matth. Brun. *Tr. de Cess. bonor. Q.* 6. *principali n.* 5; Romæ Leonem marmoreum adscendit, qui est in pede scalari Capitolii, natibus percussis, eadem verba proferens, Rid. Suarez. *in L.* 2. *foro legum Lib.* 3. *de Cess. bon. in pr. n.* 15. Brun. *d. n.* 5. Palavii lapidi turpitudinis, seu vituperii qui dicitur, posteriora denudatus insidet, Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via jur. Cap.* 26. *n.* 6. Hulas. Birnmajer. *de Arte apodemica.* Simile in Sabaudia Constitutione Ducis Amadei obtinet, Tessaur. *Decis.* 36. et Statutis Mediolanensium Horat. Carpan. *Stat. Mediol. C.* 408. Cujusmodi leges municipales ob abusum decoctorum haud temere latas esse censet quoque *Mc. Par.* 47.

lius legem refert. *Lib.* 20. *Cap* 1. Vere igitur, ut supra posui, hoc dicitur, nullum esse hoc beneficium in id, quod facere possis, conveniri, si quibus hoc tribuitur, solidum nihilominus, quod habent extorquere liceat. At beneficium id esse constat, omnibus quibus datum est, humanitatis caussa tributum atque ita ut personæ beneficium sit, non caussæ. *L. quia tale, D. sol. mat. L. exceptiones.* 7. *D. de excep.* Quare id ita accipi necesse est, ut quibus id tribuitur, his non solidum quod habent, extorquendum sit, sed quod ad victum sufficiat, relinquendum. Et quid, quæso, contra ad rem facit, quod in *L. cum ex caussa*, 30. hoc beneficium deductionis nominatim donatori tribuitur, adiiciturque id ipsum maxime et inter parentes et liberos esse observandum? An non potius hoc, maxime, declarat et adversus cæteros, qui jubentur in solum quod facere possunt, conveniri, idem observandum esse: sed maxime adversus parentes et liberos? Sed nec illud movere nos debet, quod in §. *item, si de dote. Inst. de act.* de marito scriptum est, condemnari hunc debere, quatenus facultates ejus patiantur. Hoc enim bene vulgo dicunt idem esse, quod facere possumus, et quod facultates nostræ patiuntur, quod ubi melius probetur, quam in eo ipso §. *item, si de dote.* In quo Justinianus cum proposuisset maritum eatenus condemnari debere, quatenus facere possit, id ipsum interpretans continenter subiungit, idest, *quatenus facultates ejus patiuntur.* At enim, dicet aliquis, facultates cujusque intelliguntur ea quæ habet in bonis etiam non deducto eo, ne egeat. Hic ego probationem requiro: id vero non concedam. Quoniam si facultas a faciendo dicta est, ut sit quasi facilitas ad faciendum quid; id autem solum facere posse existimandi sumus, quod salva vita et dignitate possumus: adeo ut ne cogamur egere, idest, mori, aut mendicare, aut turpe aliquod lucrum sectari: est quod statuamus, nullius facultates pati, nisi quod potest deducto eo, ne egeat.

15 Num quod † quisque facere potest, et ipsum æstimandum sit deducto prius ære alieno, quæsitum est: idest, an ita æstimandum, ut ante omnia æs alienum debitoris, id est, quod ipse debet alii, in hac æstimatione facienda deducamus. Si hoc deducto aliquid erit in bonis, etiam illud secundo loco deducamus, quod satis sit debitori ad alimenta quotidiana. Quod si his detractis, etiam aliquid in bonis supererit, tum id esse definiamus, quod debitorem facere posse dicimus, et quatenus potest conveniri. Et verbi significatio atque usus hanc ipsam deductionem admittere videtur. Quid est enim id, quod reus facere potest, nisi id, quod Justinianus interpretatur in *d.* §. *item si de dote, Inst. de action.* in id, quod reus habet in facultatibus? Proinde in id quod habet in bonis. Nam bona et facultates idem declarant. *L. nam quod, in fin.* juncta. *L. cogi, D. ad Treb.* Porro bona cujusque intelliguntur ea, quæ supersunt deducto ære alieno. *L. subsignatum*, §. *bona D. de verb. signif. L. mulier, D. de jur. dot.* Quo fit, ut et quod quisque potest facere, id intelligatur esse, quod deducto ære alieno potest. Et dubitandum non puto quin servari id oportuerit, nisi aliud de voluntate legis aperte constaret. Nunc autem nominatim aliter constitutum est eo jure, quod de hoc beneficio cautum est. Placuit enim istos, de quibus agimus, conveniri in id quod facere possunt, nominatim hoc addito, non deducto ære alieno, quæ adiectio omnem dubitationem sustulit. Et ideo Paulus in hac *L. sunt, qui*, postquam dixerat, *sunt qui in id quod facere possunt, conveniuntur*, adjecit; *idest, non deducto ære alieno:* quæ exceptio esset stulta, nisi superioribus verbis hæc contineretur, ut æs alienum deduci oporteret. Cur enim de aliqua oratione quid excipias, nisi, quia non exceptum continebatur? Quærendum igitur, quid
† hac de re constitutum sit jure. Et aliud (23) 16
de donatore placuit, aliud de cæteris, qui in
id, quod facere possunt, conveniuntur. De
donatore ita † jus est Est aliquod æs alie- 17
num, quod deducere non possit: est quod possit. De quibus donator ex eadem caussa aliis obstrictus est, ea deducere non potest. *L. qui ex donatione, D. de don.* Ex eadem caussa, ex simili accipimus. Hoc enim est, quod aliis verbis exprimitur in *L. inter*, 19. *infr.* et inter eos, quibus ex simili caussa pecunia debetur, occupantis potior erit caussa. Ideo enim occupantis potior caussa, quia is totum, quod est, occupat, ac pro cæteris

(a3) Incivile enim est illiberaliter et avare agere cum eo, qui vere liberalis fuit, Harpr. *ad* §. 38. *I. de act. n.* 9. Nec malo ei esse benignitas debet, si occupante agere donatario ipsi prius satisfacere teneretur, quam veris creditoribus, cum non sit verus creditor, Cujac. *diff. Modestin. ad L.* 29. *h. t.* Quin nec in præiudicium creditorum liberalitas debitoris vergere debet, sed de suo quemque largiri oportet, Vult. *ad* §. *sunt præterea* 36. ipsi 32. *et seqq. I. de act. n.* 9.

nihil deducitur. Similem (24) autem caussam interpretur, non caussam donationis tantum: sed omnem ex qua donator in id tantum quod facere potest, convenitur. Ut puta: est aliquis, qui multis multa promisit donationis caussa. Idem uxorem habet, et uxori debet, habet liberos, et debet liberis, habet libertum, et liberto debet. Convenitur ab uno ex iis, quibus donationis caussa promisit, et ad rem judicatam ventum est. Ajo hunc non modo non posse deducere æs alienum, quod debet aliis, quibus ex caussa donationis obstrictus est: sed nec quod debet supra scriptis personis, a quibus non nisi in id, quod facere potest, convenitur. Est enim omnium creditorum caussa in hoc saltem similis, quod omnes pariter solidum exigere non possunt, at de eo nunc agitur. At cur putem donatorem nihil posse deducere eorum nomine, quibus in id solum, quod facere potest, tenetur, non magis, quam eorum, quibus ex donationis caussa obstrictus est, adducor his argumentis. Ut possit donator æs alienum deducere, ideo ei concessum est, ne ex sua liberalitate inops fieri periclitetur, ut est in *L. ne ex sua*, 50. *infr.* Itaque si quando cessabit hoc periculum, consequens est deducere eum nihil posse. *L. quod dictum, D. de pac.* At agentibus postea quibuslibet creditoribus, qui solidum exigere non possunt, non est metuendum donatori, ne egeat: quoniam, quod illi ad alimenta sufficiat, ab istis extorqueri non potest. Nihil igitur caussæ est, cur quod his donator debet, deducat invito eo creditore, qui sententiam prius occupavit. Deinde si donator non deducet, quod his debet, qui solidum non extorquent, horum solum detrimentum est, non donatoris, qui nihilominus semper, quod satis sit ad victum obtinebit. Lex autem solum in hac caussa donatori consultum voluit, non creditoribus. Quo fit, ut eorum creditorum ratio etiam voluntate legis nequaquam haberi debeat, dum res salva sit donatori, ne periclitetur. Sed hæc de his creditoribus dicta sunt, quorum similis est caussa, et conditio in exigendo: idest, qui similiter, ut donatarius solidum exigere non possunt. Aliud † placuit 18
de iis, qui exigere solidum possunt, quod his debetur. Id vero donator potest deducere. Hoc illud est, quod in *L. qui ex donatione, D. de don.* scribitur his verbis: *sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum.* Nam creditores ibi dici, qui vere et cum effectu creditores sint non tantum jure civili, sed etiam solidum exigendi facultate, sequentia liquido ostendunt. Subjicitur enim deinde: *hæc vero de quibus ex eadem caussa quis obstrictus est, non debebit detrahere.* Non dubium quin et illi creditores sint, quibus quis ex eadem caussa est obstrictus, et tamen quod his debetur, negat Ulpianus deduci. Quid sibi vult igitur, quod prius dixerat, quod creditoribus debetur, detrahendum? Nempe ii creditores ab eo non appellantur, quibus ex eadem caussa cum donatione debeatur: scilicet quia non proprie, non cum effectu creditores habendi sint, qui solidum ab invito auferre non possunt. At enim in *L. inter*, 19. §. *is quoque* et in *L. et exheredatum*, 49. *infr. eod* item in *L. maritus*, 54. *D. sol. matrim.* magno consensu traditur donatorem conveniri, deducto omni ære alieno. Sed quod de creditoribus modo diximus, hoc idem et hic de ære alieno respondendum est: æs alienum nimirum hoc loco proprie dici id, quod solidum possis a donatore exigere, hoc vero ab illo deduci posse: quod in alia caussa sit, non posse. Et sane prope est, ut non debeatur, eoque non sit in ære alieno, quod dare quis, nisi velit, cogi non possit: Arg. *L. sub hac, D. de oblig. et act.* Et quid aliis argumentis in hac re opus est, si probatur Paulum superioris definitionis de omni ære alieno deducendo auctorem (nam suprascripti tres loci, in quibus ea definitio legitur, omnes Paulo adscribuntur) si probatur, inquam, Paulum in ea definitione id ipsum æs alienum intelligere, quod modo dixi, idest, quod plane et cum re exigi a donatore potest? Id vero satis probat contextus *d. L. inter.* §. *is quoque, inf.* Nam cum prius scriptum esset, donatorem, in quantum facere potest, con-

(24) Minuenda hæc Donelli opinio. Potius enim satiusque est, ut verba *simili caussa d. L.* 19. interpretemur *ex d. L.* 12. de donat. *ex eadem caussa*, cum et illic oppositio fiat ejus, quod creditoribus debetur, et ad quod ex donatione quis obstrictus. Creditores sunt non minus veri, socius, conjux, parentes etc. etsi solidum non exigant, *L.* 49. *in fin. h. t.* At cui liberalis promisso facta, non ita verus creditor est. Quare donatarius nihil consequi debet, nisi illis dimissis, Pac. 4. *Enant.* 56. Ræv. *ad L.* 28. *de R. I.* Iniquum enim caussam lucrativam potiorem esse onerosa, et sola præventione donatarii captiosa excludi eos, qui de damno solliciti. Durum insuper, reum ex liberalitate conventum compelli, ut illius cupiditatem magis expleat, quam aliis conjunctis, ex. gr. fratri, socio etc. marito, fidem contractus mutuam præstet.

demnari, et quidem eum solum deducto ære alieno: continenter subjicitur: *et inter eos, quibus ex simili caussa pecunia debetur, occupantis potior erit caussa*, quod plane nihil aliud declarat, quam donatorem ita posse deducere, quod aliis debeat, si modo vere et cum solvendi necessitate debeat: cæterum si quid aliis ejusdem conditionis creditoribus debeat, a quibus videlicet ultra quam facere possit, conveniri non potest, id vero eum deducere non posse; (25) alioqui non esset occupantis potior caussa. Perspicuum est autem, cur prioribus donator possit detrahere: posterioribus autem quod debetur, non possit. Nam nisi deducit, quod iis debet, qui solidum exigere possunt, non erit illi consultum adversus inopiæ periculum, quod ei constitutiones amotum voluerunt. Futurum est enim, ut creditores, quibus solidi exactio est, postea agentes etiam quod illi ad victum relictum erat, extorqueant. Hoc periculum metuitur ab iis, qui supra quam reus facere potest, petere non possunt: cum si postea adversus donatorem agant, cogantur et ipsi relinquere ei, quod satis sit ad vitam tuendam. Hæc de donatore. De

19 cæteris, † qui in id, quod facere possunt, conveniuntur, ita in universum recte definiemus, omnes nullo deducto alieno ære conveniri. Id quidem satis aperte declaratur in *L. inter*, *§. is quoque*, *infr.* cum dicitur, solum donatorem condemnari deducto ære alieno. Quid, quod de patrono diserte scriptum est, damnari hunc nullo deducto alieno ære? *L. et exheredatum*. 49. *inf. eod.* Si hoc in patrono valet, quanto magis valere debet in cæteris? Itaque non dubito, quin idem in filio emancipato, aut exheredato probandum sit. De exheredato quidem hoc Paullus non obscure confirmat in *d. L. et exheredatum*, cum ait ei quoque ad similitudinem viri, et *patroni* detrahendum. Id enim valet, *hunc, si velit quid detrahere, ita detrahere posse, ut patronus* detraheret, non aliter: id autem est, nullo deducto ære alieno. Nam hoc jure maritum et patronum uti in hac detractione, prius scripserat. Sed

20 Ulpianus † in emancipato et exheredato videtur dissentire in *L.* 3. *D. quod eum eo.* Nam si qui sunt, qui postea quam filius sui juris factus est, cum eo contraxerunt, ait se putare horum rationem habendam: quod significat detrahi posse, quod his debeatur. Nam de eo Ulpianus initio quæsierat. In quibus conciliandis non satis attente meo judicio, vulgo faciunt, qui rationem afferunt, cur liceat emancipato detrahere, quod aliis debet, adversus eos qui cum eo, cum adhuc in potestate esset, contraxerunt, potius quam cæteris, quibus idem beneficium lege datur. Non enim animadvertunt, hac ratione confirmare se emancipatum aliquod æs alienum deducere: quod prius negabamus: ita antinomiam hoc modo constituunt, non tollunt. Puta recte dici emancipatum aut exheredatum, uno agente ex iis, qui eum eo, cum alienæ potestatis esset, contraxerunt, non posse deducere ne id quidem, quod iis debet, cum quibus post emancipationem aut mortem patris contraxit. Sed nihilo secus istorum, qui postea contraxerunt, ratio habenda erit, ut dicitur in *d. L.* 3. At quomodo habebitur? Eo modo scilicet, quo significat Ulpian. *ibidem*: nempe ut haberetur ratio privilegiariorum: non deducente nimirum ipso emancipato, quicum agitur: sed ita, si ipsi creditores ultro veniant, et postulent se aliis creditoribus præferri: hic enim haberetur privilegiariorum ratio, de quibus illic Ulpianus prius scripserat. Ideo autem his venientibus, ipsorum ante cæteros ratio habetur, quia ejus, qui cum filiofamilias contraxit, nullum damnum est, si ab eo sui juris facto non consequatur, quod sibi debetur: propterea quod item creditor et cum aliis, quam cum emancipato, eo nomine agere possit: nempe de peculio intra annum cum iis ad quos peculium pervenit. *L.* 1. *D. quan. ac. de pec. an. sit.* Quid ergo, si nullum peculium sit apud patrem aut heredes ejus? Fortasse non male dicetur, hactenus posteriorum habendam esse rationem, ne is, qui prius contraxit, et ad sententiam prius pervenit, aloqui afficiatur incommodo. De quo tamen certi et constituti juris nihil habeo. Hanc quidem sententiam æquitas suggerere videtur, etsi jure stricto deficiamur. Licet enim nobis in hac re usurpare idem, quod in re non dissimili Ulpianus idem scripsisse legitur in *L.* 2. *§. quanquam, D. de aq. et aq. plu. ar.* Ex his, quæ supra diximus intelligi potest, quid sit, quod in *L. inter*, *infr. eod.* Paulus ait, inter eos, quibus ex eadem caussa debetur, occupantis meliorem esse conditionem, nec deduci, quod ejusdem conditionis hominibus debetur. Sed de eo illic amplius dicendum est.

Quæsitum est, quibus † ex bonis deducere 21 possit reus, quod ad victum sufficiat, ex

(25) Sed facilis responsio. Posterius venientis caussa diversa, si scilicet et hic æque ex donationis, non si ex onerosa caussa convenit.

suis ne, an ex alienis, quod maxime propter maritum quæsitum est, a quo res dotales repetuntur, quarum restituendarum habet facultatem. Sunt enim, qui putent, etsi ille eas habeat, si tamen nihil præterea habeat in bonis, deducturum eum ex iis rebus, quod ad alimenta quotidiana sufficiat: quia et in *L. maritum, D. sol. matr.* et in *L. unica, §. cum autem, C. de rei ux. act.* scriptum sit, quibuscunque de rebus conveniatur maritus, in id quod facere potest, condemnari eum debere. Ego autem ita statuo, unumquemque quod illi ad victum deducere permittitur, ex suis bonis deducere posse; ex alienis autem non posse. Nam cur statur ex alieno, domino invito? Nulli mortalium jus suum detrahi debet. *L. 2. D. de iis, qui sunt sui, vel ali. jur.* Requi potest unicuique, quod ejus sit, etsi forte alteri tantundem debeat. Alteri autem adimi, quod reo tribuas (utar hic Ciceronis verbis ex *Lib. 1. de offic.*) tantum abest ab officio, ut nihil magis officio possit esse contrarium. Hujus autem rei in specie proposita argumentum est, quod si a donatore res donata vindicetur: hanc ille si apud se habeat, omni modo restituere cogatur. *L. Nesennius, 41. §. 1. inf. eod.* Cur ergo hinc non deducit, ne egeat? quia res aliena est nimirum, non donatoris: neque vero eum
22 ex alieno ali decet. Ergo et † maritus si de rebus dotalibus conveniatur, easque habeat, de his in solidum condemnandus est. Etenim si aliis in rebus suis habet unde vivat, solidum facere potest, eoque citra controversiam est in solidum condemnandus: si non habet, intelligere debet res alienas a se peti; de quibus ut alatur, postulare non debet. Sunt enim res dotales natura mulieris, etsi constante matrimonio existimentur in bonis mariti fuisse. *L. quamvis, D. de jur.*
23 *dot. L. in rebus, C. eod.* Non † me movet, quod sine exceptione dicitur, maritum condemnari in id, quod facere potest, quacunque de re conveniatur. Nam primum dici potest, in constitutione Justiniani, scriptum id esse de actione, qua agitur de iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, ut verba videntur significare: atque has res statim mariti fieri constat, quæ ita dantur, ut quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat. *L. res in dotem, D. de jur. dot.* Deinde etsi omnibus de rebus id dictum esse fateamur: tamen non ideo efficitur, maritum ex ipsis rebus dotalibus ali debere. Condemnari debet, in id quod facere potest, idest, deducto eo, ne egeat, sed hoc quæritur, id quod ad eam rem deducere postulat, unde sumere et deducere debeat? nos dicimus ex suis facultatibus deducere eum debere, non ex alienis, quod est æquissimum: neque Justiniani constitutio refragatur.

Habes, quid sit facere posse, et quibus rebus deductis, et unde deductis sit æstimandum. Nunc considerandum est, quam vim habeat id, quod dicimus nonnullos hactenus conveniri. Hoc enim verbo Ulpianus utitur in hac *L. sunt qui.* et in *L. qui ex donatione, D. de donat.* item Paulus in *L. Nesennius, in princ. inf. eod.* Conveniri † 24
aliquem in id; quod facere potest, duo continet. Unum, ut si supra scriptis rebus deductis aut nihil potest reus, aut minus potest, is in id, quod non potest, non queat conveniri. Quæ res facit, ut si in solidum conventus ab initio, hac exceptione usus sit, ut diceret se solidum facere non posse, eatenus solum, quatenus potest, condemnari debeat. Quod usque eo probatum est, ut si vel omissa hac defensione, vel opposita quidem, sed a judice contempta, reus in solidum sit condemnatus, placeat nihilominus cum, cum judicati convenietur, doli exceptione uti posse, eaque tutum fore, qua de re pluribus dicam ad *L. Nesennius, §. ultim. inf. eod.* Alterum † iisdem verbis perspicue 25
demonstratur, si quid supra scriptis deductis rebus, reus facere possit, etiam si solidum, in solidum quoque eum conveniri posse *d. §. item, si de dote, Inst. de act.* Quod adeo verum est, (26) ut possit non semel eo nomine conveniri: sed sæpius; denique eo usque donec reus creditori satisfecerit. Utputa, maritus conventus ideo absolutus est, quia in præsentia facere non poterat. Auctis postea

(26) Quomodo et cessio bonorum obligatione non liberat, *L. 1. C. qui bon. ced.* Unde cautionem ab his personis exigi posse docent, qua recipiat se soluturum, si ad pinguiorem fortunam pervenerit, per *C. Odoardus. 3. de sol.* Hart. *d. Obs. 2. n.* 9. Harpr. *ad §. ult. I. de act. n.* 3. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I. pag.* 165. *in fin.* Vid. Hering. *de fidejuss. Cap.* 5. *n.* 83. *et seqq.* Studiosus si post cessionem libros emerit, quod ei non sint auferendi, Rebuff. *Privileg. Schol.* 112. Hurat. Luc. *Privileg. Schol.* 31. Cæterum si quis ex delicto, dum in ære non haberet, in corpore luit, et lautioris postea fortunæ effectus, non tenetur ad pecuniam, loco cujus pœnam sustinuit, Cornel. Benincasins *de Priv. paupertatis speciali* 8. *in judiciis n.* 12. *et seq.*

ejus facultatibus ita, ut possit facere, de reliquo recte cum eo agetur. *L. unica*, §. *cum autem*, *C. de rei uxoriæ actione*. Cui congruit, quod de actione de peculio scriptum est, in *L. quæsitum*, §. *is qui semel*, *D. de*
26 *pecu.* Ex quo (27) apparet † dilatoriam esse hanc exceptionem, et temporalem, non peremptoriam et perpetuam: postquam actionem non perimit, sed differt tantum in id tempus, quo reus facultatibus auctus fuerit.

Et est quidem in utroque horum minus dubi, quid sequatur judex, vel ut in solidum condemnet, et a condemnato solidum extorqueat, vel ne condemnet, vel ne solidum extorqueat, si in eodem judicio omnibus temporibus judicii constanter reus aut pariter solidum facere possit, aut pariter non possit. Sed fieri potest, ut in eodem judicio pro tempore, varie mutentur facultates ejus, et nunc solvendo sit, qui ante non fuerat, aut qui fuit initio, is postea solvendo esse desinat. Quod si eveniat, res incidit in difficultatem, dum quæritur, quodnam hic tempus judicem sequi oporteat, vel ad summam condemnationem comprehensam exigendam: utrumne id omne, quo reus solvendo non est, vel ante non fuit; an præsens, sive reus eo tempore solvendo sit,
27 sive non sit. Et † jus hic (28) constitutum est, quatenus reus facere possit, tempus rei judicatæ spectandum esse. *L. rei judicatæ*. 15. *D. sol. matrimon. L. verum*, §. *tempus*, *D. pro soc.* Unde intelligitur, si tempore rei judicatæ solidum facere possit reus, ipsum in solidum esse condemnandum quamvis quo tempore judicium acceptum est, non fuerit solvendo. Sed etsi recte in solidum sit condemnatus, quia tum solidum facere poterat, deinceps jure et judicati actione in solidum conveniri posse, quamvis inter moras solvendo esse desierit. Nisi quis hic dicat non esse imputandum reo, si intra tempus judicatis constitutum, non solverit, et interim facultates amiserit: ideo et illi in judicati executione consulendum esse, ne egeat, sed hoc licebit referre ex adverso, quod in re non dissimili Papinianus respondit in *L.* 3. *prim. resp. D. de usur.* eam temporis intercapedinem judicato dilationem dare, non lucrum afferre debere. Qui sententia victus est, posse hunc intra legitimum tempus non solvere; sed si non solverit, non ideo ulla ex parte judicati obligatione liberari posse. Ex contrario si tempore rei judicandæ reus solvendo non est, eatenus solum damnandus est quatenus tum potest facere, etiam si tempore litis contestatæ solidum facere potuerit: quod nisi fit, sententia judicis beneficium lege tributum condemnato non auferet, ut jam dixi, et amplius dicendum est, ad *d. L. Nesennius*, §. *ultim. infr.* Quid si reus in id quod tempore rei judicatæ facere poterat, condemnatus sit, quo tempore solidum non poterat; postea auctus facultatibus incipiat solidum facere posse, quo tempore cum eo agitur judicati? Consequens est superioribus illum ex ea condemnatione non nisi in id quod tum facere potuit, conveniri posse, sive quod dicamus spectandum esse tempus rei judicatæ: sive quod non possit judicati actione peti, quod sententia judicis non sit comprehensum. Sed judicati, inquam, actione petitor solidum exigere non poterit ab eo, qui in solidum non est condemnatus. Cæterum nova interpellatione et novo judicio id persequi, quod deest, non prohibetur, ut supra diximus, quod non mutatur in *L. nec maritus*, *C. sol. mat.* cum ita scribitur, *nec maritum postea idoneum factum, qui non reddiderat reliquum residui probabiliter solutionem recusare*. Enimverò cur † hic tempus condemnationis spe- 28
ctandum esse placet potius, quam litis contestatæ: præsertim cum † in actione nego- 29
tiorum gestorum, quæ adversus pupillum instituitur, de eo, in quo ille locupletior est factus, item in rebus uxori donatis condicendis, quatenus illa locupletior ex ea donatione facta est, placeat contra, litis contestatæ tempus non rei judicatæ spectari debere, cum quæritur, utrum hæc, aut illa locupletiores facti sint? *L. litis. D. de neg. gest. L.* 5. §. *ult. et duabus l.l. seqq. D. de don. int. vir. et uxo.* Nempe. (29) quia † mul- 30
tum interest (et eadem distinctione usum video Bartolum, licet aliis verbis ad *L. si a domino*, §. *pen. D. de her. petit.*) utrum lege actio constituitur in aliquem hac conditione, si quid habet, si qua in re locupletior est; an actione jure in solidum constituta, sic ea

(27) Vid. *supr. Lib. Civil. Comment.* 22. *C.* 8. *n.* 5. *ibique N.* 20.

(28) Diss. Alb. Gent. 4. *Lect. et Epist.* 1. docens, spectari tempus rei judicatæ, scilicet exsequendæ. Ut si qui tempore sententiæ latæ non fuit privilegiatus, postea fiat, judicati actio in solidum non teneat.

(29) Convenit distinctio vulgaris: litis contestatæ tempus spectari, quando locupletem esse, est caussa dandæ actionis. Secus quando moderande executionis. Costal. *in d. L.* 37. *de neg. gest.* Ortolph. Fomam. *Disp. inst.* 31. *t. h.* 9. *lit. A.*

temperetur, ut placeat eum, cum quo agitur quatenus habet esse condemnandum. Prius cum statuitur, verba legis faciunt, ut an conditio exstiterit, necne, initio litis quærendum sit, quia nisi tum exstiterit, nulla sit ex lege actio. Atque ista conditione constituitur actio negotiorum gestorum in pupillum, et condictio in uxorem rerum illi a marito donatarum. Merito igitur et eo tempore, cum agitur, idest, tempore litis contestatæ de conditione actionis quærendum est. At posterius cum fit, perspicue verba legis ad tempus condemnationis referuntur, ut proinde et eo tempore quid reus habeat, in quod condemnetur, ex verbis legis sit spectandum. Porro sic conditio est earum personarum, de quibus nunc agimus, non ut dicantur constitutionibus teneri aut conveniri debere, quatenus habent et facere possunt; sed eatenus debere condemnari. *L. maritum. D. sol. mat. L. non tantum, 20. et LL. seqq. L. Nesennius, 1. res in fin. L. et exheredatum 49. inf. eod. L. nec maritus, C. sol. mat. §. item si de dote, Inst. de act.* Quo fit, ut ut verbis ipsis constitutionum non alio tempore quærendum sit, quo tempore facere possunt, quam rei judicatæ, ut tanti scilicet condemnentur: quod constitutiones faciendum esse volunt. Cur igitur juris consulti hic etiam verbo conveniendum utuntur, et istas personas in id solum, quod facere possunt, conveniri dicunt? Ut hac *L. sunt qui. L. Nesennius, in princ. infr. d. L. qui ex donatione, D. de donat.* Quia conveniri eum effectu intelligunt: ut sit sensus, non posse istas personas ita conveniri, ut ex conventione damnentur ultra, quam possunt facere. Atque hæc de toto genere superioris beneficii, quod locus postulare videbatur, dicta sunt; ad reliquam interpretationem jam pergemus.

Ad L. *Sunt qui.* 16.

Idem *Libro LXIII. ad Edictum.*

SUMMARIA.

1. *Sensus hujus versic.* Socios omnium bonorum *etc. ex L.* verum 73. in prin. D. pro socio *est supplendus.*
2. *Quæ in pandectis continentur etsi ex diversis jurisconsultorum locis derivata pro una eademque magna Justiniani lege esse accipienda.*

1 *Socius autem* † *omnium bonorum accipiendus est*). Qui dicit socium omnium bonorum accipiendum esse, si nihil aliud adjiciat, significat, socio unius rei idem tribuendum non esse. At qui hoc adjicit, *verum esse, quod Sabino videtur, etiam si non universorum bonorum socii sint, sed unius rei, attamen in id quod facere possint, condemnari oportere:* is omnem controversiam dirimit, facitque, ut intelligamus, omnibus sociis idem pariter esse tribuendum. Nunc autem hoc postremum ex eodem Ulpiano adiectum est; alio quidem loco, sed tamen adjectum est in *L. verum, in princ. D. pro soc.* quapropter et sequendum est. Nec ad rem pertinet, quod † 2 hæc diversis locis in Pandectis scripta sint separatim, atque adeo non eodem loco Ulpiani, sed ex diversis ejus libris ad edictum transcripta. Bene enim Franc. (1) Duarenus monet ad *L. ex diverso, in princ. D. sol.*

(1) Et *ad L.* 16. *h. t. et idem ad t. D. pro soc. Cap.* 5. *sub fi.* introductum in socio omnium bonorum *d. L.* 16. latius productum esse ad socios unius rei. Ac Busius *ad L.* 63. *pro soc.* caput illud Ulp. brevius *d. L.* 16. ex latiori alio *d. L.* 63. interpretationem capere. Melius Coras. *ad §. sed etsi* 38. *I. de act. n.* 2. Vult *ad §.* 36. *et seqq. eod. n.* 15. Alb. Gentil. 4. *Lect.* 1. *et* Pac. 4. *Enant. Q.* 100. distinguunt: quod socius omnium bonorum indistincte et in omnibus hoc beneficio fruatur *d. L.* 16. Unius rei certæ autem quoties ex caussa negocii vel nomine societatis illius agitur *dict. L.* 63. *pr.* cum limitatæ caussæ effectusquoque talis esse soleat. Strictius adhuc Perrenon. 2. *Animadv.* 12. societatem unius rei in *d. L.* 63. *pr.* spectari, quatenus ita inita, ut quisque partem pro indiviso possideat, et uterque partem, in qua societas est, in solidum habeat. Sic arguit ex vebis: *Jus fraternitatis etc.* Fratres enim unius loco tunc quando consortes, *L.* 31. *de excus. tut.* Nimis vero licenter Marq. Freher. 1. *Parerg.* 5. pro *autem d. L.* 6. reponit *etiam non.* Licentiosius Fib. Leon. 6. *Emend.* 14. totam clausulam: *Socium autem,* etc. rejicit, quæ ex glossemate

matr. omnia quæ in pandectis scripta sunt, pro una magna lege Justiniani accipienda esse: ac propterea effici, ut quæ de eadem re quamvis diversis locis scripta sunt, perinde habenda sint, quasi eodem loco scripta essent. Merito: nam res eædem, nihilominus semper eædem manent, etsi locis disjungantur.

imperiti interpretis fluxerit, cum orationem duram ac insuavem reddat, interrumpens conjunctionem superiorum, sententiam a sententia disjungens. Male: Solentiss. enim Jurisconsultis hujusmodi dicendi rationes: exempl. grat. referendum est æstimationem, sequendum est sententiam, etc. Locos congessere P. Pithæ. *not. ad tit.* 14. *coll. LL. Mosaic.* Val. Guil. Forst. 2. *Observ. subcisiv.* 1. ut ex aliis auctoribus Goch. *analect. ling. Lat. p.* 427. De hac beneficio socii fusius et plenius Gutier. *de Juram. confirm. Part.* 3. *Cap.* 15. Add. Conna. 7. *Com.* 13. *n.* 18. *et seq.*

Ad L. *Item miles.* 18.

Idem *Libro LXVI. ad Edictum.*

Item miles qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus quatenus facere potest, cogitur solvere.

SUMMARIA.

1. *Beneficium competentiæ quod vocant, nullo modo patronis et advocatis caussarum convenire ostenditur.*
2. *I. Ex verbis* L. miles 18. eod.
3. *II. Ex ejusdem legis sententia.*

Qui sub armata militia stipendia meruit).
1 Hæc verba † addita sunt ad discrimen eorum militium. (1) qui sub togata militia aut nunc merent stipendia, aut ante meruerunt. Nam et hoc statuitur militum genus, in quo sunt patroni, et advocati, *L. advocati, C. de*

(1) Ita Duar. *ad L.* 6. *h. t.* Harpr. *ad* §. 38. *Inst. de act. n.* 10. et Goth. *ad d. L.* 6. quia qualitas adjecta dispositionem restringit. Contra plerique ad Doctores et Advocatos illud militium jus producunt. Vid. Roderic. Suarez. *in L.* 2. *foro legum Lib.* 3. *tit. de Cess. bon.* §. *Quinto quæritur, n.* 12. Matthæ. Brun. *ac Cess. bo. Q.* 10. *quæst.* 4. *principal.* Hart. Hartm. *t.* 18. *Observ.* 2. *n.* 21. Rebuff. *Privileg. scholar.* 112. (Item in studiosis statneos) Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. *Cap.* 3. *n.* 114. *et P.* 1. *Cap.* 6. *n.* 129. Halbritter, *Orat. de Priv. Doctor, et alii.* Quæ sententia benignior est, vel ideo ab eruditis propugnanda, ne ipsi sui ordinis viros in angustia rei familiaris, sæpe fortunæ magis quam suo vitio, constitutos, ope sua deserant, rigidæve duritiei fœneratorum denudandos exponant. Neque enim ratio Donelli perpetua est, quod si hi egestate premantur, eorum desidia inde arguatur, et quod Reipublic. operam debitam non impendant. Exempla contraria, quod dolendum sane et indignandum, omnis ætas suppeditavit virorum de Repub. ac civibus suis meritiss. qui vel invidia submersi, vel suorum ingratitudinem experti ad incitas redacti sunt. Confer. *not. supr. lib. Commentar. Civil.* 23. *Cap.* 14. *N.* 2. Neque ita otiosa vocula *armata* dict. *L.* 6. *d. L.* 18. Opponitur enim militiæ non togatæ sed inermi aut imaginariæ, qualis olim militia ex casu, Vid. *not. supr. lib. Civil. Comment.* 19. *Cap.* 4. *N.* 44. Hodie eorum qui equites nuncupantur, sed otiosi vitam degunt, de quibus Joan. Baptist. Caccialup. *de Debitore suspecto et fugitivo Q.* 5. *n.* 14. Matth. Brun. *de Cess. bon. Q.* 11. *quæstionis* 4. *principalis, n.* 3. *et n.* 9. *et* 10. Cæterum sunt, qui et nobilibus idem beneficium concedunt, Vid. Coler. *dict. Process. exsecut. Par.* 1. *Cap.* 6. *n.* 139. maxime autem Comitibus, Baronibus et nobilitatis viris, Coler. *Par.* 2. *Cap.* 3. *n.* 114. ubi tamen *n.* 123. *et seq.* hoc non ita servari, sed exsecutionem in solidum fieri, nisi si quid benigni creditores de jure suo remittant, testatur. Et nobili hoc privilegium negat, etsi a carcere immunis sit, Gutierrez. *de Juram. confirmat. Part.* 1. *Cap.* 16. *n.* 36. Clericis quoque idem indulgeri ceu militiæ cœlestis stipendia merentibus ex receptiori opinione, Petr. Barbosa *ad L. alia.* 14. ipsi 15. §. *eleganter* 1. *D. Sol. matr. n.* 18. Hartm. *d. Observ.* 2. *n.* 17. Viv. *Lib.* 4. *Decis.* 529. *n.* 12. Anton. Fab. *C. suo de Exsec. defin.* 41. Etsi contra Duaren. *ad d. L.* 6.

adv. div. jud. Ergo tantum abest, ut ex hac definitione colligere debeamus idem tribuendum esse patronis, et advocatis, et quicunque sub armata militia non meruerunt:
2 ut contra perspicuum sit, † addita esse hæc verba, quo cæteri omnes milites excluderentur. Quid enim? an non esset stultissimum id beneficium uni speciei militum nominatim tribuere, quod jure ad omnes ex æquo pertineret. Præsertim cum nihil negotii fuerit, atque adeo cum fuerit multo expeditius rem ita concipere generaliter: qui Reipubl. militat, ut in id, quod facere potest, condemnetur: si quidem id esset omnium militum commune? Nisi hic igitur hanc circumscriptionem non stulte nec inepte additam esse volumus, necesse est ideo additam intelligi, quia lex his solis militibus, quos demonstrat, hoc beneficium tributum voluit, cæteros qui in ea caussa non essent excludi.
3 Sed dicent, † qui contra sentiunt, etsi verbis his deficimur: tamen quod armatæ militiæ militibus tributum est, id ex sententia legis ad cæteros milites, quia par eorum caussa sit, et ratio legis eadem, transferendum esse *L. non possunt; et L. seq. D. de Legib. L. illud, D. ad L. Aquil.* Id vero in hac specie defendi non potest. Nam neque patronorum, et advocatorum eadem caussa est, quæ militum; neque si esset, ratio juris patitur, ut quod de militibus hic constitutum est, id etiam ad patronos et advocatos transferatur. Non esse eandem caussam patronorum et militum, qui armis militant, nihil negotii est ostendere. Etsi enim præclara est patronorum opera in Rempubl. nec minus necessaria, quam militum: tamen milites (2) in Rempubl. plus conferunt, profundunt enim sanguinem et vitam pro Republ. Advocati autem et patroni procul ab omni vitæ discrimine securi rerum caussas agunt. In disparibus laboribus disparia esse præmia æquum est. Sed quod præcipue ad rem pertinet, milites armorum operis occupati non possunt rem non deminuere; certe facile augere non possunt. Necesse est enim eos abiicere curam et cognitionem rei familiaris, et quamvis soluti jam sunt militiæ laboribus; tamen non didicerunt eas artes, quibus rem parare possunt, aut partam facile tueri. Quo æquius est illis consuli egentibus: cum in eam egestatem ob id, quod Reipub. operam navarent, aut prius navassent, inciderint. Advocati contra caussas agendo non modo rem non minuuntur, sed præcipue præter cæteros mortales augent: iidem cum jus civile didicerint, eam artem tenent, quæ ut aliis, ita et sibi ad rem suam bene gerendam et tuendam cavere possint. Quæ si non faciunt, vel ea re accidit, quia nullæ caussæ ad eos deferuntur, nullæ ab iis aguntur, eoque Reipubl. non dant operam: vel quia rem negligunt, eamque sua sponte dilabi sinunt, quorum in utroque auxilium non merentur. Demus tamen istorum parem esse caussam, et militum: ne sic quidem efficietur, quod hic militibus tributum est, id eodem exemplo ad advocatos pertinere. Nam ut condemnentur milites in id quod facere possunt, jus in eo est singulare constitutum, et ut apparet, contra juris rationem: quandu hoc beneficio efficitur, ne liceat debitori totum, quod sibi debetur, exigere. Quod jus tale est, id vetatur produci ad consequentias. *L. quod vero, et duab. LL. seqq. D. de Legib.*

(2) Ergone miles armatus togato, atque ita Doctori præferendus? Non utique, cum sapientiam fortitudine et armis bellicis præstare sapientiss. Regis sit judicium *Ecclesiast.* 9. *v.* 16. *et* 18. Vid. Lancel. Conrad. *Temp. om. jud. Lib.* 1. *Cap.* 1. §. 1. *q.* 2. Chassan. *Catan. gloriæ mundi Part.* 9. *Consider.* 1. Confer. Elias Reusner. *Lib.* 1. *Act. stratagemat. Cap.* 1.

Ad L. *Inter eos.* 19.

Paulus *lib. VI. ad Plautium.*

Inter eos, quibus eadem ex caussa debetur, occupantis melior conditio est, nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur: sicut fit in actione de peculio; nam et hic occupantis melior caussa est. Sed etsi cum patre, patronove agatur, non est deducendum æs alienum: maxime quod ejusdem conditionis personis debebitur, ut liberis libertisque. Is quoque, qui ex caussa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur, et quidem is solus deducto ære alieno. Et inter eos, quibus ex simili caussa pecunia debetur: occupantis potior erit caussa. Imo nec totum quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.

S U M M A R I A.

1. *Verba hæc* ex eadem caussa *in* L. inter, 19. *idem valere ac quæ* ibid. *consequuntur*, ex simili caussa.
2. *Hujus* L. princip. *et ex* §. 1. *versic.* et inter *exponuntur.*
3. *Obiter judicatur vera* L. sed an, D. quod cum eo, *sententia.*

1 Ait Paulus: *Inter eos, quibus † ex eadem caussa debetur, occupantis melior conditio est, nec deducitur quod ejusdem conditionis hominibus debetur*) Quibus ex eadem caussa debetur accipere debemus, quibus ex simili caussa debetur, ut hic eadem caussa idem valeat, quod par et similis caussa, quæ ratione juris eadem sit, non facti specie, quod se intelligere Paulus declarat, paulo post, cum eandem sententiam inculcans, his verbis utitur, *et inter eos quibus ex simili caussa pecunia debetur, occupantis, potior erit caussa.* Atque id ipsum ita accipiendum esse supra pluribus docui, cum de ære alieno deducendo agerem ad *L. sunt qui.* Hujus generis esse recte dixeris omnes creditores, qui in conveniendo debitore tantundem juris
2 habent, neque amplius. (1) Occupare † hic dicitur, qui sententiam, et exitum judicii prior occupat: idest, qui prior ad sententiam pervenit. Id enim in actione de peculio sic accipitur, ut declaratur in *L. si vero,* 10. *D. de pec.* Cui actioni hoc judicium, in quo quis damnatur in id quod facere, potest. Paulus hoc loco comparat. Est ergo hæc sententia; uno ex pluribus creditoribus agente, si is ad sententiam prius pervenerit, ejus melior caussa est, quam eorum, quorum in debitore conveniendo eadem conditio est, idest quam eorum qui pariter solidum exigere non potuerunt, si cum eodem debitore agunt: melior ideo, quia, ut ipse velut interpretando subiicit, non deducitur ei in bonis debitoris, quod cæteris ejusdem conditionis hominibus debetur: quo fit, ut id non deductum, dum invenitur in debitoris bonis, solus ante cæteros creditores, velut præcipuum auferat. In quo nihil interest, qua ex caussa cæteris creditoribus debeatur, dummodo ii sunt, qui solidum exigere non possint. Itaque etsi is prius egerit, et sententiam occuparit, cui ex donationis caussa debetur: tamen is solidum, quod debitor facere potest auferet, non deducto eo, quod reus debet

(1) Aliter Forner. 1. *Select.* 18. occupantem interpretans, qui in executione reliquos, quibus ex eadem caussa debetur, vicerit, etsi posterius sententiam obtinuerit. Licet alias *occupare* modo dicitur, qui prior sententia vincit, *d. L.* 10. *de pecul. L.* 14. *de nox. act.* modo qui in jus vocat, *L.* 7. *de judic.* modo qui litem contestatus, *L.* 9. *de V. O. L.* 32. *de Precar. L.* 33. *de legat.* 1.

aliis: non dico si quibus obstrictus sit ex eadem caussa, idest, donationis: sed nec si debeat ex alia caossa, simili tamen, idest, ea, ex qua solidum exigere non potest: non deducetur, puta, ne id quidem, quod patrono, quod parenti, quod socio debeatur. Cujus rei rationem exposui et tum, cum de ære alieno deducendo supra dissererem. Sed cum dictum est, non deduci, quod aliis ejusdem conditionis hominibus debetur? an quod si alterius conditionis creditores sint, idest, ii, qui solidum exigere possint, continuo quod his debetur, semper deducatur? Minime: sed ex iis, quæ eodem illo ioco disseruimus, intelligetur, id eo dictum esse quia quod his debetur, qui solidum exigere possunt, etsi ut plurimum non deducitur: non magis, quam si ejusdem conditionis creditores essent; interdum tamen deduci potest: hanc æris alieni deductionem concedi ei, qui qui ex donatione sua conveniatur, non aliis. Nisi quod si cæterorum, qui in id quod facere possunt, damnati sunt, alii creditores existant privilegiarii: placet eorum rationem prius haberi, si id ipsi postulant. Eodem ioco † habendos esse eos 2 creditores emancipati, exheredative, qui cum eo jam sui juris facto contraxerunt si cum iis conferantur, qui cum eo ipso cum is adhuc in potestate esset, contraxerunt. Atque sententiam esse. *L.* 3. *D. quod cum eo.*

Ad L. *Non tantum.* 20.

Modestinus *lib. II. Differentiarum.*

Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore judicio conventus, in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pii constitutione, quod et in persona mulieris æqua lance servari, æquitatis ratio suggerit.

S U M M A R I A.

1. *Interpretatio versic.* quod et in persona, *ad fin.* L. non tantum 20. D. eod.
2. *Duplex ratio, cur beneficium competentiæ tribuatur marito, et quæ utraque.*
3. *Harum alteram uxori convenire, eo ipsé tale beneficium tribui.*

Quod et in persona mulieris æqua lance
1 *servari æquitatis ratio suggeret.* †. Nulla æquitatis ratio suadet, idem servandum esse in uxore, quod in marito, nisi eadem sit ratio in uxore. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Atqui hoc beneficium tribui dicitur marito ob reverentiam illi ab uxore debitam. *L. unica, §. cum autem, C. de rei uxo. act. L. alia, in fin. D. sol. matr.* nullam autem reverentiam maritus uxori debet. Quæ igitur æquitatis ratio idem in uxore servari suggerit? Nimirum † duplex ratio est, cur beneficium 2
hoc tribuatur marito. Una quidem illa citra controversiam mariti propria, quod uxor ei reverentiam debeat, sed et item altera illi cum aliis multis communis, (1) quod con-

(1) Recte. Tametsi Cujac. 24. *Observ.* 38. et 2. *diff. Modestini ad d. L.* 20. pro Triboniani adjectione habet verba extrema *d. L.* 20. quæ et a Basilicis absunt. Contendens rationem juris, quæ in marito hoc induxit, ut et alia quod dotis caussa in solidum non teneatur, cessare in uxore. Nam et id controversum fuisse, utrum mulier ex promissione dotis conventa idem habeat beneficium, quod maritus, a quo data repetitur. Quod etsi affirmat *d. L.* 17. §. 1. quod socia sit omnis vitæ, ad caussam tamen, quæ ex illa societate descendit, nempe promissæ dotis, rationem eam pertinere: ex aliis vero caussis quæ non ex ea societate dependent, non condemnari supra facultates uxorem nusquam proditum esse, nisi in *d. L.* 20. loco suspectissimo. Ita Cujac. Quæ diluere non minus operosum. Quid enim minus conveniens, quam ex societate *omnis vitæ* ad caussam solum dotis inferre, immo quid pugnantius? Nonne arctissima, quæ inter conjuges conjunctio, ratio sat sufficiens, atque

ninnges inter se socii sint. Matrimonium enim societas est, et quidem arctissima. *L.* 1. *D. de rit. nupt. L.* 1. *D. rer. amot.* Prior sane ratio in uxore locum non ha-
3 bet: sed † habet posterior, quæ sola per se satis est, ut hoc illi beneficium itidem, ut marito tribui debeat: cum sciamus id sine exceptione omnibus sociis tributum esse *L. sunt qui, sup. eod.* Et quidem in *L. ex diverso, in fin. D. sol. matr.* sed ratio redditur.

generalis? Ac etsi dirempto matrimonio agatur, si stante eo contractum sit, quid inhumanius quam consortem antea bonorum et thalami acerba exactione ad mendicitatem redigere.

Ad L. *Sicut*. 21.

Paulus *lib. VI. ad Plautium.*

Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur.

An si cum socero ex promissione dotis agatur, in id, quod facere potest, damnandus sit, quod et id æquum esse videtur, sed alio jure utimur, ut et Neratius scribit.

Ad L. *Sed hoc*. 22.

Pomponius *lib. XXI. ad Q. Mutium.*

Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio. Verum si matrimonio manente dos ab eo petatur: succurrendum utique est, ut ne majoris summæ condemnetur, quam quantum facere possit.

Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint, condemnentur: caussa cognita se facturum prætor edicit. Caussæ autem cognitio in hoc erit, ut neganti se socium esse, aut ex doli clausula obligato non succurratur.

SUMMARIA.

1. *Facilis Antinomiæ conciliatio, quæ specietenus in* L. sicut, 21. et L. Sed hoc, 22. eod. *occurrit.*
2. *Socero mariti æquale per omnia, ac Uxoris socero beneficium tribui, ut ambobus pariter succurratur, nisi socera mariti dolus obstet.*
3. *Quare cum dicitur hic mariti socer in id quod facere potest condemnandus, additur,* Si dos ab eo ex promissione petatur.

1 De antinomia † quæ in hunc locum in speciem incurrit, sic (1) habendum est. In *L.*

(1) Convenit Duaren. ad *d. L.* 17. *sol. matr.* Harp. ad §. 37. *I. de act. n.* 14. quod istæ duæ LL conjungendæ sint, ut quasi et iis una fiat, Vult. *ad §. sunt præterea* 36. *et seqq. Instit. eod. n.* 9. *et* Perrenon. 1. *animadv.* 7. (ubi Jurisconsultos sæpe contra jus strictum et receptum respondere contendit; et Pac. 5. *Enant. Q.* 64. Plane Anton. Fab. a.

ex diverso, D. sol. mat. Paulus refert. Neratium scribere, justum esse, soceru mariti, si conveniantur ex promissione dotis, huuc, honorem haberi, ut damnetur, et ipse in id quod facere potest. Tantum abest, ut id neget hoc loco, ut confirmet potius, cum adiirit, Neratium scribere, hoc quidem æquum videri: sed alio jure nos uti. Nihil enim prohibet nobis videri æquum, neque servari tamen, quia diversa sententia obtineret. Quod ait, alio jure nos uti, quam ut socero mariti, si ex promissione dotis conveniatur, succurratur: dubium relinquit, utrum velit ei in totum non succurri, an nun semper: id ergo quomodo accipiendum sit, declaratur *L. sequenti* ad hanc distinctionem: ut non continuo succurratur ei, si soluto matrimonio conveniatur; diversum esse, si constante matrimonio agatur. Hoc vero non est contrarium scribere, sed quod generalius et obscurius dictum erat, interpretari. Sed et illud quod in superiore distinctione dicitur, hoc jure nos uti, ut socero non succurratur, si dos ab eo ex promissione petatur soluto matrimonio: tale est, ut nihil contrarium scribi videatur, si id quod generaliter scriptum est, alibi temperetur, (2) quod fit a Paulo in *L. pen. D. de jur. dot.* Sic enim vult socerum ex promissione dotis soluto matrimonio in solidum teneri, si eum sciret se dotem conficere non posse, promisit: ut ita sciens, specie, idest, prætextu, colore, ostentatiune futuræ dotis genero insidiaretur, eumque ad contrahendas nuptias induceret: quæ res cum non absit a dolo,
2 eam illi prodesse iniquum est. Quæ cum † ita sint: res in eum locum adducitur, ut dicendum sit, socero mariti, eidemque uxoris patri, si ex promissione dotis conveniatur, omnibus prope temporibus succurrendum esse non minus quam soceris, cum quo de dote restituenda agetur: constante quidem matrimonio, semper propter affinitatem: eo autem dirempto ita, nisi cum sciret se præstare non posse, eam promiserit: ut appareat in summa, ubi aberit, ambobus pariter succurrendum esse, et constante matrimonio eo soluto. Sed cur † cum dicitur
3 hic socerum mariti in id quod facere potest, damnandum esse, additur, hæc clausula, idest conditio, si eum eo ex promissione dotis agatur? An quod ex aliis contractibus omnibus socer mariti marito in solidum damnandus est, etsi quid durante matrimonio, idest manente affinitate contraxerit? Minime, ut opinor. Ut enim maritus non tantum ex caussa dotis, sed etiam ex contractibus omnibus conventus in quantum facere potest, condemnandus est, *L. non tantum, quæ præcedit:* ita et uxoris socer: ut enim cum marito agitur; ita et cum socero agi hic scriptum est. Nec deest ratio: parentis enim locum socer obtinet, ut est in *L. quia parenti, D. solut. matrim.* Qui minus igitur et hoc in socero mariti liceat dicere, qui ipse marito parentis loco est? Cur ergo, inquam, eum hic dicitur, socerum mariti in id quod facere potest, condemnandum additur semel atque iterum, *si dos ab eo ex promissione petatur?* Quia quod dicitur maritum, et socerum in id quod facere possunt, damnari, in iis rebus solum locum habet, quas constante matrimonio contraxerunt, ut dici possit eos contraxisse, eum et ille mariti, et hi socerorum nomen obtinerent: aut in iis, quas ante nuptias quidem contraxerunt, sed de quibus constante matrimonio conveniantur, ut docui ad *L. sunt qui, supr.* illic, ubi, *quibus in caussis superius beneficium hoc tribuatur.* Nunc autem in supra scripta caussa esse non videtur dos ante contractas nuptias promissa, si ex ea promissione soluto matrimonio agatur. Hinc dubitatio in hac specie potius, quam in cæteris, an cum dos ita promissa a socero petetur soluto matrimonio, socer hoc beneficio uti possit, ne supra quam facere potest, condemnetur: nam uti jus superius erat, posse non videbatur. Sed placuit, eum uti posse, nisi quid in ea promittenda dolo malo sit versatus. Et recte: verbis enim dos ante nuptias promissa est. Revera non intelligitur promitti, certe constat eam non deberi, nisi contractis nuptiis: utpote cujus promissio hanc in se conditionem habeat, si nuptiæ secutæ fuerint. *L. stipulationem, L. promittendo, D. de jur. dot.*

Conject. 14. *d. L.* 11. interpolando legit, *alio atque jure utimur:* ut significetur, pro diversa qualitate negocii et temporis, modo condemnari in solidum, modo non. Quæ correctio etsi sententiam vitiosam non foveat, si tamen potest, vitanda est.

(2) Sed in *d. L. pen. vers. Quid enim;* exemplum continet ad illustrandam, non ad restringendam dispositionem. Quare et aliæ similes caussæ admittentur. Vel potius regulare est, socerum soluta affinitate in solidum condemnari, cum nec amplius sit socer, Coras. ad §. 37. *Instit. de act. n.* 2. Harpr. *ibid.* 13. nisi quæ ratio propria aliud statui exposcat. Stante autem matrimonio, non tam regulare, quam perpetuom est, non exigi ultra facultates soceri, qui respicit in *d. L.* 21. vocula *utique,* idest, indistincte, ut Anton. Fab. *d. Cop.* 14. etsi aliter Perrenon. *d. C.* 7. *in fin.*

Ad L. *Si cum procuratore*, 23.

Paulus *Libro VI. ad Plautium.*

Si cum procuratore mariti de dote actum fuerit: si quidem vivo marito condemnatio fiet, in quantum facere potest, fiet damnatio. Nam et defensor mariti in id, quod ille facere potest, damnatur: mortuo marito, in solidum.

Ad L. *Et si fidejussor.* 24.

Pomponius *Libro IV. ex Plautio.*

Et si fidejussor acceptus sit rei, vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fidejussit, inquantum facere potest, condemnanda est. Si maritus non fuerit solvendo, licet ipsi marito prosit, quod facere non possit, (id enim mariti personæ præstatur) heredi ejus hoc non prodest.

Ad L. *Sciendum.* 25.

Paulus *Libro LX. ad Edictum.*

Sciendum est, heredes earum personarum non id, quod facere possunt, sed in integrum teneri.

SUMMARIA.

1. *Beneficium ne quis damnetur supra quam facere potest, personale esse; ideoque nec ad heredes, nec ad fidejussores transire.*
2. *Cur hoc beneficium ad defensorem transeat, non ad fidejussorem.*
3. *Refelluntur ea argumenta quæ fidejussori etiam beneficium hoc tribuendum esse videntur suadere.*
4. *Vulgo recepta Bartoli sententia, reum scilicet, si fidejussor desideret, cogi judicium suscipere.*
5. *Eadem sententia improbatur.*
6. *Et nihil eam prodesse fidejussori ostenditur.*

Et si in lege aliqua certæ tantum personæ appellantur, quibus aliqua exceptio aut defensio constituatur: tamen ea est quarundam aliarum personarum conditio, ut ad eas quoque quasi nominatim appellatæ essent vel potius quasi eædem essent, beneficium pertineat. In hoc numero sunt heredes, fidejussores, defensores. Heredes in jus omne defuncti succedunt. *L. heres in omne, D. de hered. adquir.* Fidejussor plus debere, quam is, pro quo fidejussit, non potest. §. *fidejussores, Inst. de fidejuss.* Defendere autem est eandem vicem cum reo principali subire. *L. sed et eæ*, §. *defendere, L. minor*, vers. *quoniam, D. de procur.* Hinc tractatum, † an 1
beneficium, de quo supra scriptum est, ejusmodi sit, quod ad has personas etiam transire debeat. Questio in eo, sit ne hoc personæ beneficium, an caussæ; personæ cohæreat, an rei. Nam si caussæ est et rei, omnibus his, ad

quos eadem caussa pertinet, competit. Si est personæ, personas eorum, quibus nominatim id tributum est, non egreditur. *L. exceptiones, D. de excep. L. in omnibus caussis id, D. de reg. jur. L. non solum*, 8. §. *tale, D. de lib. leg.* Convenit autem hoc beneficium, de quo agimus, personale esse. *L. qui tale, D. sol. matr.* Judicium erit, quod quamvis in eadem caussa, tamen non omnibus personis tribuatur. Maritus exempli gratia, si quid emerit ab uxore, ex empto in id quod facere potest, convenitur. Alius si ab eadem muliere emerit, convenietur in solidum, et tamen ubique eadem caussa est, res eadem, nempe emptio. Ex quo apparet exceptionem personæ esse, non rei et caussæ cohærentem. Hoc posito consequens fuit, quod veteres statuerunt, ut hic refertur, nec fidejussoribus mariti et similium personarum hanc exceptionem dari, nec transire eam ad
2 heredes. Defensori † tamen, quod domini vicem tenet, competere eam nihilominus placuit. Hæc autem tradita in *L. maritum, et* 4. *LL. seqq. D. sol. matrim. L. eorum*, §. 1. *D. pro soc.* Sed cum beneficium personale sit: qui fit, ut hoc defensori potius præstari dicamus, quam fidejussoribus: cum potius ita dici oportuerit, quod personæ cohæreat, id personam non egredi, eoque nec ad quemvis alium transire, ut jam diximus? Hoc eo fit, quia inter fidejussorem et defensorem mariti (maritum cum dico, similes omnes personas intelligo) hoc agatur, ne defensor ultra quam facere potest, condemnetur. Quippe defensor hoc solum suscipit, unum hoc ille respondet, se dominum boni viri arbitratu defensurum. Satisdat enim, se judicatum soluturum. §. 1. *Inst. de satisd.* qua satisdatione inter alia hoc promittit, se maritum defensurum. *L. judicatum, D. jud. solv.* quamobrem dum defendat, satis est. At defendere, quod jam dixi, est eandem vicem, quam reus subire. Ex quo efficitur, ut et in hac re, et in cæteris omnibus, quæ conditio domini foret, si cum ipso ageretur, eadem esse debeat ejus, qui eum judicio defendit, non deterior: idque ex conventione. Itaque ne quis hic nobis jam obiiciat beneficium personale non transire ad alios. *d. L. in omnibus caussis id, D. de regul. jur.* Hoc enim beneficio (1) defensor utitur, non ut alieno, sed ut suo: non ex aliena persona, sed sua: siquidem id habet, ut dixi, et sua conventione. Alia caussa est fidejussoris, sive is rei, sive actoris fidejussor acceptus sit, ut hic scriptum est *L. etsi*, 24. idest, sive is rem certam, quæ obligatione principali continebatur, nominatim promiserit, sive actionem ipsam fide sua esse jusserit, idest, promiserit quicquid maritum judicio dotis dare, facere oporteret; indefinite scilicet, et sine ullius certæ rei, aut summæ designatione. Alia, inquam, hujus caussa, quocunque modo acceptus sit: quoniam semper totum debet, quia totum promittit: et quia debet, etiam totum cogitur solvere. Nec quidquam mutat, quod postea convenitur in solidum: in solidum enim convenitur, uti et solidum debuit: non ut defensor in id, quod dominum eo judicio dare facere oportebit: quippe suo nomine convenitur, non alieno. Non desunt tamen † rationes, quibus offici videatur hoc idem 3
etiam fidejussoribus esse præstandum, vel propter ipse fidejussores, vel adeo propter reum principalem. Ac fidejussoris quidem obligationem si spectes, hæc ea est, ut plus ille debere, et in duriorem caussam alter teneri non possit, quam reus principalis. §. *fidejussor, Instit. de fidejus. L. Græce*, §. *illud, D. de fidejuss.* Quod si etiam rei principalis tantum rationem habere velimus: tamen vel hoc ipso nomine plus a fidejussore exigi debere non videtur, quam a reo principali. Nulla enim juris aut æquitatis ratio patitur, ut quod solidum recte a reo exigi non potest, id obliqua via ab eo exigatur, *C. cum quidem, extr. de reg. jur.* Atqui hoc accidit, cum fidejussor in solidum condemnatur, quicquid enim is præstiterit, id postea repetet a principali debitore. §. *si quid autem, Inst. de fidejuss.* Ita reus qui per se in solidum conveniri non poterat, per fidejussorem cogetur solidum solvere. Id quidem per absurdum habere videtur Justinian. in *L. ult. in fin. C. de usur. rei jud.* sed hoc movere nos non debet. Nam quod ad fidejussorem attinet, quamvis solidum ab eo exigatur: non eo tamen plus debere intelligitur quam maritus: quandoquidem et maritus solidum debuit. Argumento est, quod solutum repetere non potest. *L. quod nomine*, 8. *et L. seq. D. de cond. indeb.* Item et illud, quod si quando ad meliorem fortunam pervenerit, solvere cogetur, ut est apud Justinian. in *L. unica*, §. *cum autem, C. de rei uxo. act.* Quod si totum non exigitur a marito non eo fit, quia solidum non debuerit: sed quia visum est totum ei non esse extorquendum, quod habet, ne egeat. At enim saltem hac in re durior caussa est fidejussoris quod

(1) Connan. 7. *Com.* 13. *n.* 18. Non sibi exceptione utitur, sed ei quem defendit, qui sub ejus persona defenditur, et sub hujus nomine ipse oppugnatur et damnatur.

eodem hoc beneficio non utitur. Durior. non nego: sed non ideo concedam in duriorem caussam eum obligari. Etenim si caussam, non personam mariti species: eadem caussa revera est mariti, qui et ipse in solidum obligatur. et si personæ ejus aliquid proprie tribuitur. De marito autem, omnique reo principali, cujus fidejussor convenitur; mea hæc (2) defensio est, cum a fidejussore solidum exigitur, vi quidem ipsa et a reo solidum per fidejussorem exigi videri: sed hoc neque iniquum, neque absurdum existimari debere, si maritus a fidejussore solidum exigi possit, convenit. Licet enim unicuique juri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pac. L. si judæa, D. de minor.* Nunc autem cum fidejussorem dat maritus, hoc ipso quod fidejussor mandante eo solidum promittit, perspicuum est, hoc eum agere, ut a fidejussore primum solidum exigere liceat; sic deinde cum et ipse fidejussori postquam is solverit, in solidum teneatur, æquissimum est, hanc ei conventionem obstare. Sane ubi beneficium reo tributum, caussæ non personæ cohæret eo fidejussor semper utetur. Atque de beneficio hujus generis agit Iustinian. in *d. L. ult. C. de usur. rei jud.* non mirum igitur, si hoc fidejussoribus non tribui absurdum existimet. Non licet, inquit, intra tempora judicati exigere a fidejussore usuras rei judicatæ ideo, quia eæ res ab ipso judicato interim præstantur. Recte: quod enim a judicatis intra tempora judicati nihil exigitur, caussæ beneficium est, non personæ. *L. tempus,* 29. *infr. eod.* Ex his apparet fidejussorem mariti et similium personarum, nullo modo consequi posse, ut exceptio personalis marito competens et proficiat. Sen-
4 tentia † tamen Bartoli, et hoc loco vulgo recepta, posse fidejussorem id consequi, si desideret ut reus principalis judicium potius suscipiat. Idque probat scilicet ex *L. itemque, §. generaliter, D. mand.* quia illic ita scriptum est, si qua exceptio, qua reus uti potuit, imputari fidejussori debere, si eam sciens omiserit: si modo habuerit facultatem rei conveniendi, desiderandique, ut ipse suscipe-

ret potius judicium vel suo, vel procuratorio nomine. Quasi vero † non aperte his verbis 5
de exceptione caussæ cohærente agatur. Qua enim in exceptione dici potest fidejussori imputari debere, si sciens ea usus non sit, nisi in ea, qua ipse jure suo uti potuit, et sciens prætermisit? qua autem tandem exceptione ex persona rei uti potuit, nisi ea, quæ caussæ cohæreat, non personæ? *L. exceptione, D. de exec.* Nimirum hoc voluit Ulpianus, si exceptionem pacti, exempli gratia, eum reo farti omisit fidejussor, culpam ejus esse, si et scivit eam reo competiisse, et habuit facultatem ejus conveniendi. Nam si nescivit eam competere, justa ignorantia est excusata: si scivit, et reus abest, ne tum quidem est in culpa, si eam exceptionem non opposuit: propterea quod nescivit, quid reus de ea statui vellet, et justa metuere potuit, ne non satis eam posset probare. Demus tamen illic de omni exceptione
† agere Ulpianum, quid inde ad sententiæ 6
suæ confirmationem colligi velit, non animadverto. Fidejussor mariti conventi desiderabit, ut maritus judicium suscipiat. Esto, desideret. atque etiam maritus ultro judicium suscipiat. Quid ea res proderit fidejussori? Fac eum judicium suscipere suo nomine, et solidum non solvere. An ideo fidejussorem liberabit? Nullo modo: cum fidejussor solidum debuerit, nec quisquam proponatur pro eo solvisse. Fac eum suscipere judicium procuratorio nomine, idest, nomine fidejussoris. Jam hæc res neque fidejussori prodesse potest, neque ipsi adeo rei principali. Ut enim solidum fidejussor præstaret, si eum ipso ageretur: ita et solidum præstari necesse est fidejussoris defensorem; cum defendere sit ad facere, quod dominus in lite faceret. *L. venditor, D. de jud. L. sed et ea, §. defendere, D. de procurat.* Ratum sit igitur, quod hic traditur. *L. et si,* 24. si persona, pro qua qui fidejussit. in quantum facere potest, condemnanda est, ut heredi ejus id non prodesset, sic nec fidejussori prodesse.

(2) Ratio hæc non conveniens. Quippe pacto mariti effici nequit, ut in solidum teneatur; ut sequitur. Aliter Connan. *d. n.* 18. Etsi fidejussor postea conveniat in solidum, nihil tamen ea res ad existimationem ejus, qui integrum a fidejussore exegit, pertinet, cum ejus mandato vel jussu id non faciat. Fusius hac de re Hering. *de fidejuss. Cap.* 27. *Parte* 4. *n.* 80. *et seqq. Add.* Matth. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 25. *quæstionis.* 4. *principalis et confer. idem Quæst.* 8. *principali.*

Ad L. *Si convenerit.* 26.

Ulpianus *Libro LXXVII. ad Edictum.*

Si convenerit inter litigatores quid pronuntietur: non abs re erit, judicem hujusmodi sententiam proferre.

SUMMARIA.

1. *Si convenerit inter partes quid pronuntietur, judicem in id sententiam proferre teneri, licet ex actis constet aliter pronuntiari nportere.*
2. *Contrariis occurritur.*
3. *Si judex contra partium conventionum pronuntiaverit, ex actis jure ab eo appellabitur.*
4. *Quare non idem placeat in arbitrio.*

1 Si convenerit † inter litigatores, quid pronuncietur, cum ad absolvendum reum, tum ad condemnandum; etsi is status rei sit, ut remota conventione, secundum ea, quæ judicii probantur, contra pronunciari jure oportuerit: tamen æquum est, judicem hujusmodi sententiam proferre. Addidi, etsi contra jure pronunciari oportuerit: quia id Ulpianus hoc loco sentiat. Nam si conventio juri congrueret, nihil esset dubii, quin id judicem sequi oporteret: non quia ita convenisset; sed quia jus ita præciperet, itaque faciendum esset et sine ulla conventione. Finge ita: actor sortem petiit, et usuras, et sibi deberi probavit. Visum ei est, usuras remittere, itaque juxta hoc, inter ligatores placuit, ut judex reum in sortem tantum condemnaret. Judex ita sententiam proferre debebit. Contra, minus petiit, deinde eo probante res plures deberi placuit, reo bonam fidem agnoscente, ut judex in omnes eas res, quæ probarentur, ipsum condemnaret, hoc quoque judex pronunciare debebit. Cur? *non abs re est*, inquit, Ulpianus, *ita fieri*, id valet, quia utrumque ita fieri jus et æ-
2 quum est. In contrariam † quidem sententiam movebat, quod judex jubetur ita judicare, ut jure et legibus proditum est *Instit. Tit. de offic. judic. in prin.* Hoc autem videtur esse contra jus aut reum absolvere, qui convincitur ex actis debere, aut condemnare qui debere non probatur. *L. negantes, C. de obl. et act. L. qui accusare. C. de edend.* Sed horum utrumque iniquum et contra jus, si statuatur invitos. In consentientes, de quibus agimus, utrumque statui est æquissimum. Quid enim magis naturali æqnitati convenit, quam ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare? *L. 1. D. de pact.* Quid tamen, si † 3
contempta conventione litigatorum, judex contra pronuntiaverit, uti de re ipsi probabatur? Jure ab eo appellabitur, ut qui non æquum dixerit, feceritque litigatoribus injuriam. Unde apparet, cogi eum hujusmodi sententiam proferre. Atqui aliud † placuit 4
in arbitro. *L. qualem in prin. D. de recept.* Non mirum, etsi enim compromissa dicuntur ad similitudinem judiciorum redacta esse *L. 1. D. tit.* tamen hoc proprium est arbitri, quod is recepit solum dicturum se, quod arbitrabitur, id est, quod sibi æquum videbitur; non autem quod jus aut æquum erit. Ideo arbitri sententiæ standum est, sive æquum, sive iniquum dixerit. *L. societatem.* 76. §. *arbitrorum, D. pro soc.* Adeoque libera potestas statuendi propria est arbitri, ut eni in arbitrio recipiendo hæc libertas relicta non sit, is sententiam dicere non cogatur. *L. item si unus*, §. 1. *D. de recept.* Alia caussa judicis; a quo exigitur, ut in publico munere quo fungitur, statuat solum, quod jus et leges jubent. *d. titul. de offic. judic.*

Ad L. *Præses*. 27.

Modestinus *Libro* 1. *Responsorum*.

Præses provinciæ in usuras usurarum condemnavit contra leges, et sacras constitutiones: ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam injustam præsidis appellavit. Quæro, cum non secundum legem hic Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem? Modestinus respondit: si in sententia certa quantitas contiuetur, nihil proponi, cur judicati agi non possit.

SUMMARIA.

1. *Sententiæ judicis etsi iniustæ, nisi ab ea appellatum fuerit, stari oportere.*
2. *Nisi tamen expresse contra leges pronuntiet,*
3. *Non esse contrarios exceptioni* n. 2. *propositæ juris locos qui ex h.* L. Præses et L. Cum prolatis 32. eod. *producuntur.*

1 Hoc dicit: Quantumvis † sententia injusta sit judicis: quantumvis contra leges reum condemnet, aut absolvat: tamen (1) valet, et rei judicatæ standum esse, si appellatum non erit. Idem dicendum est, etsi appellatum sit: non tamen secundum legem, idest, non intra tempora lege constituta ad appellandum, *toto tit. quando. appel. sit inf.* quippe nihil interest, utrum quid non facias, an non ita, ut jure convenit, *L.* 4. §. *condemnatum eod.* cum *simil.* Eadem sententia est *L. cum prolatis, inf. eod.* Itaque nec rescriptum principis adversus hanc sententiam recipitur. *L. ult. C. senten. resc. non. pos.* Hinc exceptiones peremptorias post rem judicatam constat opponi non posse. *L.* 2. *C. d. tit.* quanto minus opponuntur dilatoriæ? L. *exceptiones, C. de probat.* Sane eas exceptiones opponi non posse intelligimus, quæ feruntur ad sententiam improbandam. Cæterum si quæ sint ejusmodi, quæ humanitatis ratione tribuantur ei, qui alioqui jure debuerit, ut est condemnatus: nihilominus his et post sententia uti licebit. L. ex diverso, §. ult. D. sol. matrimon. Scripsi de hac re ad *L. Nesennius.* §. *ult. inf. h. tit.* Sed hoc totum † sic accipiendum est, si nihil aliud proponatur, quam sententiam esse injustam. Nam si hoc amplius aperte, et expresse contra leges prolata erit, nulla est; nec provocatione est opus. Vide *L.* 1. §. *item. cum. inf. quæ senten. sine appel. rescind. L. si expressim. inf. D de appell. L.* 2. *C. quan. prov. non est necess.* Cui tamen † sententiæ 3
videri possunt duo capita esse contraria, quæ interpretamur. *L. cum præses, et cum prolatis:* quorum in altero sine distinctione scriptum est judicati agi posse, etsi præses contra leges et constitutiones reum condemnavit. In altero rei judicatæ standum est, quamvis judex contra constitutionem pronunciavit, cum non existimaret caussam per eas juvari.

Sed nihil horum non bene superiori sententiæ congruit. Nam primum non statim contra leges judicat, qui contra legem, reum condemnat, is judicat contra legem, qui reum condemnando, una quoque condemnat legem, nominatim aliud jus dicendo, quam lege cautum est. Cujus rei exempla sunt in *d. L.* 1. *inf. quæ senten. sine app et L.* 2. *quan. pro. non est nec.* Porro potest judex reum condemnare de (2) jure ejus pronunciandu, ut nihilominus legem justam

(1) Sic quoque sententia posterior contra rem judicatam lata ipso jure nulla *L.* 1. *C. Quan. prov. non est nec.* Ideoque si de ea ex actis appareat judici, attentanda, etsi non opponatur, ne contra rem judic. judicet, Vult. *Cons. Marp.* 30. *n.* 271. *vol.* 2.

(2) Et ita Græci distingunnt, Cujac. ad *C.* 1. *extr. h. t.* an sententia παράνομος, quæ ipso jure nulla, an ἄδικος quæ de jure litigatoris. Illa in statu juridiciali de jure, hæc in conjecturali de facto pronunciat, Duar.

esse fateatur. Quod autem ad alterum pertinet, nemo judex existimat (3) *constitutiones prolatas* ad caussam non pertinere, nisi is qui de jure solum litigatoris pronunciat, non de ipsa constitutione: quo fit, ut nihil hic contra leges pronunciet. Exempli caussa, cum actor viginti usurarum nomine petit, si reo allegante usuras u urarum a se peti non posse ex constitutionibus. *L. placuit, sup. de usuris,* judex dicat has constitutiones nihil ad rem facere perspicuum est ipsum hoc dicere in hac caussa, usuras usurarum non peti: non autem negare, quin si petantur, nulla sit petitio: quia leges vetant. In quo aperte constitutio ipsa confirmatur; ac de jure tantum litigatoris pronunciatur.

ad *L.* 27. *h. t.* Ex gr. Titius minor 14. annis testatus est. Si judex sententia dicat minorem 14. annis testari posse, ideoque Titium etsi fuerit impubes, recte testatum esse ut *d. L.* 2. *C. quan. prov. non est nec.* sententia nulla; sin Titium recte testatum esse, non addito de ætate, appellandum Zas. in *L. ult. de Just. et jur. n.* 6. Vant. *de Nullit. ex def. process. n.* 118. *et n.* 122. *et* 2. *seqq.* ubi probe declarat. Ubi contra jus partis lata, vincit iniquitatem auctoritas rei judicatæ. Ubi contra leges, non potest rei judicatæ vim habere, cum res judicata a legibus vires accipiat. Ant. Fab. ad *L.* 1. §. 1. *D. de feriis*. Sic et ubi contra formam præscriptæ solemnitatis, vincit auctoritatem Prætoris juris auctoritas, quæ nunquam in arbitrio jus dicentis, seu judicantis *L.* 15. *Munic.* A. Fab. ad *L.* 8. §. 17. *de transact.* Sane Oldend. *Cl.* 7. *Act. ult. in defens. rei* auctorem hujus distinctionis in malam crucem abire jubet. Sed de judice calumnioso loquitur, contra quam actionem malè judicati tenere censet citra hanc distinctionem Denunciationi Evangelicæ quando locus si contra eum qui sententiam obtinuit iniquam. Menoch. *Arb. C.* 484. *et Lib.* 1. *Præsump. Q.* 79.

(3) Non male, ut videtur, Duar. ad *d. L.* 32. eam accipit de statu sane juridiciali, cum ex lege per ratiocinationem colligitur quod ad caussam pertinere putatur. Ut ita sententia non sit nulla de jure dubio et controverso lata. Quod probat. arg. a contrario ex *d. L.* 19. *verb. expressim et d. L.* 2. *C. Quando prov. verb. tam manifesti*. Quo facit quod error juris perplexi errori facti comparatur. Sebast. Medic. *de Cas. fort. P.* 1. *Q.* 2. *n.* 12. Atque ita *d. L.* 32. post alios accipit Vant. *de nullit. sent. ex defect. process. n.* 118. *et seq.*

Ad L. *Duo.* 28.

Idem *Libro XII. Responsorum.*

Duo judices dati diversas sententias dederunt. Modestinus respondit, utranque sententiam in pendenti esse donec competens judex unam earum confirmaverit.

SUMMARIA.

1. *Licet inter pares numero judices, si in judicando dissentiat, illius obtineat sententia quæ pro libertate aut pro reo profertur.*
2. *Si tamen duo judices dati dissentiant, nullius sententia rata est, nisi a competente judice confirmetur,* et n. 3.

Utrunque sententiam in pendenti esse. Imo
1 Inter † pares numero judices, si dissonæ sententiæ proferantur (ut pares esse oportet, cum duo judices dati diversas sententias ferant) statim una valet, nimirum ea, quæ pro libertate est, aut pro reo. Ut scriptum est in *L. inter, inf.* Et ex *L. Pomponius,* quæ præcedit *L. inter,* apparet, Paulum cujus est utrumque caput, in *eod. lib.* 18. *ad edictum* de pluribus judicibus agere, quam duobus. Et ut loquatur indefinite de pluribus judicibus; tamen nihil vetat eam regulam accipi cum hac exceptione, quæ hujus loci est, nisi duo tantum judices dati erunt. Et res ita habet, ut tribus pluribusve judicibus datis inter se dissentientibus, unius aut

plurium idem sentientium sententia valeat: quia (1) tres pluresve judices utiliter dantur, unde necesse est singulorum sententias valere: nisi quatenus aliorum numero, aut
2 æquitate caussæ vincitur. Contra † duobus judicibus inter se discrepantibus neutrius sententia valet contraria de caussa, quia duo non recte dantur: certe non ita, ut cogi possint, sententiam dicere. Quorum utrunque exemplo et oratione arbitrorum recte defenditur, de quibus ita scribit Ulpianus in *L. item si unus* §. *si in duos*, supr. de arb. *Si in duos arbitros sit compromissum: non debet prætor eos cogere sententiam dicere: quia res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. In impari numero idcirco compromissum admittitur: non quoniam consentire omnes facile est: sed quia, et si dissentiant, invenitur pars major cujus arbitrio stabitur.* Cum eadem ratio ita jus in judicibus datis postulat: tum vero si in arbitris recte dicitur, prius in judiciis admittendum fuit, quoniam compromissa ad similitudinem judiciorum redacta sunt. *L.* 1. *supr. de recept.* Quare si unius † ex duobus judicibus sententiam valere volumus, eam confirmari 3
oportet. Hanc confirmabit competens judex ut hic scribitur. Est autem competens is qui, judices dedit. *L. a divo. sup. L.* 1. *in pr. quis a quo app.* Cætera ad hanc quæstionem pertinentia require ex *L. Pomponius, infr. eod.*

(1) Vulgo inter judices plures ordinarios. *d. L.* 38. et datos seu pedaneos *d. L.* 28. distinguunt. Et ita in *C. ult. extra h. t.* Duar. *ad d. L.* 28. Pac. 7. *Enant. Q.* 6.

Ad L. *Tempus.* 29.

Ulpianus *lib. VII. Pandectarum.*

Tempus, quod datur judicato, etiam heredibus ejus cæterisque, qui in locum ejus succedunt, tribuitur: videlicet quod ex tempore deest; quia caussæ magis, quam personæ beneficium præstatur.

SUMMARIA.

1. *Judicati tempus etiam heredibus indulgeri, et quare.*
2. *Illud tantum quod condemnato supererat.*

Tempus judicato dari ad solvendum constat. *L.* 2. *infr.* Observandum est, neque in lege 12. tabularum, qua hoc tempus primom est constitutum, neque in constitutione Justiniani, qua postea de hoc tempore plenius cautum est, ut est *L. ult.* §. *ult. C. de usur. rei jud.* heredes condemnati appellari. Ideo dubitatum est, an condemnato mortuo intra tempora judicati, idem heredibus præstandum sit, quod defuncto. Et quod † omis-
1 sum erat lege, ex regulis juris certi deciditur hoc loco. Et ita jus est, ut quicquid cujusque fuit, quod ei jure datum est, id eo mortuo præstandum est et heredibus; qui in jus omne defuncti succedunt, extra quam si beneficium, quo de agitur, fuerit personæ. *L. privilegia, inf. de reg. jur. L. heres in omne,* infr. de acquir. her. *L. quia tale, supr. sol. mat.* Tempus autem quod judicato datur, caussæ datur non personæ. Ex quo colligit † Modestin. heredibus quoque et cæte- 2
ris successoribus esse tribuendum, non tamen integrum: sed quod condemnato viro superest. Recte: nam ut ad heredes transfertur, quod fuit decessoris: ita id solum quod fuit decessoris, nihil amplius. *L. nemo plus, infr. de reg. jur.* Hoc tempus caussæ non personæ præstitui, ita intelligitur, si ei beneficio caussa locum facit, non persona, *L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. jur.* At caussam ei beneficium locum facere, ex eo licet intelligere: quod non certis aliquibus personis condemnatis detur: sed omnibus condemnatis: et quidem hac solum de caussa, quod condemnati sunt. Bene igitur caussæ esse, dictum est.

Ad L. *Cum ex caussa.* 30.

Vide L. sunt qui infr.

Ad L. *Debitoribus.* 31.

Dixi satis ad L. 2. supr.

Ad L. *Cum prolatis.* 32.

Dixi ad L. Cum præses. supr.

Ad L. (*) *Divus.* 33.

Idem *lib. V. Cognitionum.*

Divus Hadrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et judicante eo, falsis testimoniis, conspiratione adversariorum, testibus pecunia corruptis religionem judicis circumventam esse, in integrum caussam restituendam, in hæc verba rescripsit: Exemplum libelli dati mihi a Julio Tarentino mitti tibi jussi, ut, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum, et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica: et si quid a judice tam malo exemplu circumscripto judicatum est, in integrum restituas.

Rei judicatæ, quamvis injuste judicatum sit, standum esse, supra dictum est *L. cum præses*, *L. cum prolatis*, *supr. eod.* Hoc ita jus publicum est, ut quædam sententiæ exripiantur, quas ego omnes nullius momenti ipso jure esse puto: non autem ita quasdam mero jure valere, ut caussa in integrum restituatur: idest, ut beneficio dumtaxat et auxilio magistratus de eadem re iterum liceat agere. Sunt in hoc genere, quæ ipsis verbis sententiæ manifestum errorem sive imperitiam judicis arguunt; quales sunt, quæ errorem calculi continent: item quibus aperte contra leges et constitutiones judicatur, *L.* 1. §§. 1. et 2. de quibus *infr. quæ sent. sine app. rescin.* item quæ pecuniæ judice corrupto sunt expressæ, quæ dicuntur venales, *L. venales, C. quom provoc. non est necesse.* Tum quæ patrono caussæ prævaricante, quæ ex falsis instrumentis quæque ex falsis testimoniis latæ sunt. De eo, quod patrono prævaricante pronunciatum est, extat Antonini rescriptum in *L.* 1. *C. de advoc. divers. jud.* De eo quod ex falsis instrumentis judicatum est, multæ sunt veterum constitutiones, quæ extant in Cod. sub. *Tit. si ex falsis instrumentis*, quarum meminit Modestinus in *L. qui agnitis, infr. de except.* His constitutionibus cautum est, rem ex falsis instrumentis judicatam retractari posse: si tamen tria hæc concurrant, primum si crimine falsi prius illato. Instrumenta falsa esse convincatur. *L.* 2. *C. eod. tit.* Tum si sciens prudens adversarius bis usus fuerit.

(*) Priorem hunc commentarium, etsi inchoatum dumtaxat, nec integrum et absolutum videri possit, tamen delectum atque judicium Scipionis Gentilis *Lib. XXVII. Commentar. Civil.* secuti, omittere noluimus: quippe et hic, etsi fusior in eandem L. Commentarius sequatur, sua utilitate non caret; Præterea, quod et ipse Donelli lucubratio est, propositum nostrum sequimur, ut omnia Donelli Opera iterum literariæ bono Reipubl. demus in lucem.

Nam constitutiones crimen falsi intendi ac probari volunt *L.* 2. *et* 3. *C. eod.* Hoc autem crimine non tenetur, nisi qui dolo malo falsis usus est, *L.* 4. *C. si ex fals.* Postremo, si probetur judicem fidem horum instrumentorum secutum judicasse. *L.* 3. *C. eod.* Etenim fieri potest, ut in eodem judicio falsa instrumenta sint prolata, nihilominus fuerint idonei testes, quibus res judici probari potuit; ut horum fidem et auctoritatem secutus judex judicaturus fuerit, etiamsi nulla instrumenta proferrentur: quo casu dicet nemo rem judicatam prætextu falsorum instrumentorum retractari posse. Quod de re ex falsis instrumentis judicata juris est: item de re falsis testibus. ***

Ad d. L. *Divus.* 33.

S U M M A R I A.

1. *Tria esse genera sententiarum quæ rei judicatæ præscriptionem non habent I. illas, quibus judex præcipit quod fieri non potest.*
2. *II. Eas quæ manifestum sententiæ vitium præferunt, et quæ sint.*
3. *III. Et postremo illas quæ dolo et conspiratione adversariorum sunt extortæ, hæ autem ejusmodi sint.*
4. *Caussam ex falsis testimoniis judicatam ita demum retractari si tria concurrant; ea quæ sint.*
5. *Eadem tria desiderari, ut iterum pronuntietur in caussa ex falsis instrumentis judicata.*
6. *Quare velit Hadrianus in caussa ex falsis testimoniis judicata probari testes pecunia fuisse corruptos et n.* 8.
7. *Quid si gratia aut odio falsum testimonium dixerint.*
8. *Illorum opinio exponitur qui volunt in re ex falsis instrumentis et testimoniis judicata necessariam esse restitutionem in integrum.*
10. *Nullo jure valere sententiam ex falsis instrumentis et testimoniis prolatam, ideo nullo juris loco haberi hanc in integrum restitutionem.* et u. 11. *et per tot.*

Sententiæ quamvis injustæ standum esse, supra dictum est, *L. præses. L. cum* prolatis
1 Hoc sic jus publicum est. ut † quædam sententiæ excipiantur. Quorum tria sunt genera. Unum est earum, (1) quibus id præcipit aut statuit judex, quod fieri non potest, *L. ult. infr. quæ senten. sine appell. rescin.* Omnino impossibilium nulla est obligatio, *L. impos-*
2 *sibilium, infr. de reg. jur.* Secundum † earum, quibus constituitur quidem quod fieri potest, sed ita contra quam reus damnari aut absolvi debuit, ut vitium ipsum et iniquitas sententiæ ipsis verbis sententiæ palam se ostendat, et sententia a se ipsam refellatur, cujus generis est ea, quæ (2) manifestum calculi errorem verbis complectitur, de qua in *L.* 1. §. 1. *infr. quæ sentent. sine appellat.* item quæ contra leges et aut constitutiones expressim pronunciata est, de qua in *L.* 1. §. 2. *infr. quæ sent. L.* 2. *C. quan. provoc. non est neces.* Vide *L.* 27. *supr.* Et
hæc quidem per se non valent. Tertium † 3

(1) Confer. Vasq. 2. *Ill. contra.* 51. *n.* 46. *et seqq.* Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 1. 2. 3. Gœd. *de Contr. stip. C.* 8. *Conclus.* 9.

(2) Obst. *L. un. C. de err. calcul.* verbis: si res judicatæ non sunt, *Resp. Pac.* 7. *enant. q.* 73. Aut judex in sententia ferenda sic erat, et ea nulla *d. L.* 1. §. 1. aut cum error calculi admissus diceretur, judicavit nullum esse errorem, et inde exceptio rei judicatæ *d. L. un.* De errore calculi consule P. Foller. *addit ad Marant. P.* 6. *Membr.* 9. *de exceptio n.* 68. *et seqq. Fr.* Munnoz. *de Ration. C.* 38. *et Cap.* 41. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. p.* 1. §. 6. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 37. Ott. Meland. *Com. Cameral. P.* 1. *Tit.* 95. Pari moda sententia nulla, si alius error conspicuus ea expressus. Medic. *de casil. fart. P.* 1. *Quæst.* 2. *n* 24. aut si refert ad acta quæ nulla, sunt, vel in quibus error expressus. vid. Tiraq. *post LL. Connub. gl.* 7. *n.* 184. Curt. Jun. *Cons.* 170. *n.* 7. Schurf. *Cent.* 1. *Cons.* 93. *et Cent.* 3. *Cons.* 6. Cæs. *Ursil. annot. ad* Affl. *Decis.* 28. *n.* 2. *et* 4. Vel si lata ex falsa caussa consistente in facta notorio, et cujus falsitas ex actis apparet. Sixt. *Cons. Marp.* 9. *n.* 60. *Vol.* 2. *per C. inter cæteras extr. h. t.* Moll. 4. *Semestr.* 1. *n.* 14. *et* 15. Maxime vero quanda judex ipse se in sententia refert ad acta, et per ea constat de contrario, dicitur evidens iniquitas et inde sententia vitiosa. Affl. *decis.* 39. *n.* 6. Vid. idem *Decis.* 283. *et* confer. Grammat. *Decis.* 59.

genus earum, quibus et id constituitur, quod
potest, nec quicquam aperte contra jus, aut
regulam naturæ, in quibus nullum vitium
proponitur: sed ita per se non sunt vitiosæ,
ut tamen victo non noceant: (3) obstante
videlicet acturi, propter aliquod admissum
in ea re crimen, doli mali exceptione. Ta-
les sunt, ut semel et una definitione omnes
complectar, quæ conspiratione et machina-
tione adversariorum sunt extortæ, quam frau-
dem ipsis authoribus prodesse, valde inquam
est, *L.* 1. *infr. C. si tutor fal. all. exe. sit.*
Id autem contingit aut judice pecunia cor-
rupto, ut sententiam ferret: aut dolo adver-
sariorum malitiaque artibus religione ejus
circumventa; aut patroni prævaricatione, aut
falsis instrumentis, aut falsis testimoniis. In
quibus omnibus non placuit sententiam iis,
secundum quos judicatum est prodesse et de (4)
venalibus sententiis cautum est rescripto. Dio-
clet. et Maxim. in *L. venales*, *C. quan. prov.*
non est nec. De eo quod judicatum est patrono
prævaricante, cautum rescripto Antonini in
L. 1. *D. de advoc. de jud.* de re ex falsis in-
strumentis judicata complures sunt consti-
tutiones, quæ extant sub *tit. C. si ex fal. instr.*
meminit earum Modestinus in *L. qui agna-*
4 *tis, infr. de except.* De eo autem, † quod ex
falsis testimoniis judicatum est, proponitur
hoc Capite rescriptum Hadriani. In quo
quid ille exigat, ut ex integro de eadem re
agere liceat, considerandum est. Exigit autem
hæc primum, ut sint falsa testimonia: secun-
dum ut conspiratione adversariorum fuerint
instructa testibus pecunia corruptis. Postre-
mum, ut eo facto victus oppressus sit, seu
judicis religio circumventa: in quo postre-
mo hoc exigere intelligitur, quod de falsis
instrumentis apertius dicitur in *L. pen. si*
ex fals. instr. ut judex horum fidem secutus
pronunciaverit. Hæc † eadem (5) in re fal- 5
sis instrumentis judicata. Primum enim vo-
lunt constitutione crimine falsi illato instru-
menta falsa esse, convinci *L.* 2. *Cod. si ex*
fals. instr. Tum ut sciens adversarius his
usus fuerit. Volunt enim crimen falsi inten-
di et probari *L.* 2. *et* 3. *C. eod.* quo crimine
nemo tenetur, nisi qui dolo malo falsis usus
est. *L.* 4. *Cod. si ex fals.* Postremo, ut pro-
betur, ut modo dixi, judicem horum instru-
mentorum fidem secutum judicasse, *d. L.*
pen. Cod. eod. Id autem eo dicitur, quia
fieri potest, ut in eo judicio falsa instru-
menta prolata sint; nihilominus fuerint ido-
nei testes, aut argumenta quibus res ju-
dici probari potuerit: ut hominum fidem
et auctoritatem secutus judex judicaturus
fuerit, etiamsi mala instrumenta profe-
rantur: quo casu nemo dicit rem judi-
catam prætextu falsorum instrumentorum
retractari posse. Unum in his eum dissimile
sit, videamus. Vult † enim Hadrianus hoc 6
loco in re ex falsis testimoniis judicata pro-
bari conspirationem adversariorum, testibus
pecunia corruptis: quasi non sit satis falsum
dixisse, nisi et pecunia corrupti fuerint. Quod
in his instrumentis secus est, in quibus tan-
tum exigimus, ut falsa sint: non etiam ut
pecunia data falsum sit admissum. Et non
temere est, quod (6) † plerique omnes ita 7

(3) Non sequitur: Appellatio non est neces-
saria. Ergo sententia ipso jure nulla. Potest
enim aliud ejus infirmandæ remedium esse,
ut si contra actionem judicati objiciatur ex-
ceptio doli.

(4) De venalibus his seotentiis, judicibus largitione corruptis, deque muneribus ab eis oon accipiendis vid. Poll. 5. *Hist. fori* 9. Vasq. 2. *Contr. usu. freq.* 37. Stiatic. *Obs. C.* 23. Menoch. *Arb. C.* 517. Freher. 3. *de de Infamia* 14. Cacheran. *in Præm. Decis. n.* 5. Maynard. *Lib.* 4. *Decis.* 86. Fr. Pfeil. *Cons.* 158. Vaot. *de Nullit. ex def. process. n.* 163. P. Greg. 2. *de Rep.* 6. Hippol. a Collib. *in Principe C.* 4. Simanca. *Lib.* 6. *de Rep.* fere toto Libor. *a* Bodenstein. *Disquisit. Polit. Lib.* 2. *C.* 28. *ac seq.* (qui emptos ac constupratos judices vocat) Ant. de Guevera *Horolog. Princip. Lib.* 3. *Cap.* 6. Christ. Ohem. *Discur. juridico polit. de cons. et magistratib. C.* 4. *n.* 59. *et seq.* Scite Jan. Langlæ. 6. *Semestr.* 1. ubi pulcre aliam olim fuisse rationem præsidium, quibus Xenia accipere licuit, *L.* 6. §. *ult. de off. præs.* aliam hodiernorum judicum, in quibus licere noo debet, nec inculpate objiciuntur, ceu pessimo, ait Laogle. usu invaluit, esculentis tanta copia oblatis, ut iis omnis familia sustentari possit, etc. Quio nec decere judicem, ut se conviviis litigatorum nimis excipi patiatur, idem 2. *Semestr.* 1. Confer. *not. supr. lib. Civil. Comment.* 14. *C.* 25. *N.* 6. De pœna judicis corrupti *vid.* supr. *Lib.* 28. *Civil. Comment. C.* 2. Quando vi hujusmodi senteotiæ solutum repeti possit Vasq. 3. *Contr. usufreq.* 63. *n.* 29. *et seqq.*

(5) Vid. Mathesil. *ad d. tit. C. Si ex fals. instr. vel testimon. etc. et sing.* 18. Sfort. Odd. *de Rest. in int. Quæst.* 77. et 2. *seqq.* Vasq. 2. *Contr. usufreq.* 36. Alex. Trentac. 2. *Pract. Resol. tit. de sent. Resol.* 3. Vant. *Tit. de nullit. sent. ex def. process. n.* 132. *et seqq.*

(6) Duar. ad *d. L.* 33. quia in instrumento falso nihil præterea quæritur. Eadem autem testium ratio, qui instrumentorum appellatione veniuot: Et *Ayer. Process. p.* 1. *C.* 6. *Obs.* 1. *n.* 7. Etsi sint qui corruptelam et falsitatem

judicant, satis esse eum qui victus est, probare se oppressum esse conspiratione adversariorum: utrum autem testes pecuniam acceperint, an non acceperint, ad rem non pertinere. Nam cur aliud exigeret Hadrianus in testibus, quam in instrumentis? An non et testes instrumenta sunt? Tum autem quid refert, quomodo judicium corrumpatur, si corrumpitur? quomodo quis opprimatur, si opprimitur? quibus, etsi verba rescripti refragantur, quæ hanc conditionem exprimunt, *si probaverit conspiratione adversariorum, testibus pecunia corruptis, oppressum se:* tamen assentirer, si testes falsum dixisse conspiratione adversarii ullo modo probari posset aliter, quam hoc probato, ipsis pecuniam esse datam, ut testimonium dicerent. Mihi autem
8 † quomodo id aliter facile probari possit, non occurrit, neque posse arbitror. Non enim si adversarius cum testibus rem habuit, si cum his locutus est: si etiam bis dixit, quid esset in re; non adeo si ipsi testes operam illi suam polliciti sunt: ideo consequens est eos falsum dixisse, et adversarium cum illis conspirasse. Ac ne cui forte temere id affirmare videar: velim observetur, quid sit, quod cum judex pecunia corruptus sententiam dixit, placet hanc non valere, ut supra dictum est; cum autem (7) ambitiose idem facit, sententia valet nihilominus, *L. serva*, §. *cum prætor, supr. ad Trebellian.* Et quid interest quæso, utrum judex avaritia, an ambitione, aut odio, aut amore, aut aliqua animi perturbatione male judicaverit? Si de re quæritur, ut intersit non animadverto. Sed hoc ita est: pecunia corruptum esse judicem probari potest. Illic autem (8) ambitione aut aliqua alia perturbatione motum perperam judicavisse, probari non potest. Non enim si fuit caussa judici, cur moveretur: ideo verum est, ei perturbationi succubuisse, ut eum avaritia victum esse probatur, qui pecuniam accepit. Idem ergo et in testibus dixeris. Adde, quod si de pecunia nihil dicitur, non est facile credendum, testes scientes esse mentitos. Non enim facile reperitur, quisquam, qui (9) gratis velit esse improbus: sed tum minime, ubi cum capitis periculo crimen falsi suscipitur. Quapropter viris assentior superioribus, si quis conspiratione adversariorum falsis testimoniis oppressus sit; quod ita judicatum est, id restitui debere: quocunque modo oppressus sit. Sed si conspirationis et falsi testimonii probatio quæritur, nisi probetur testes pecunia in hanc rem esse corruptos, vereor ne desit agenti probatio, eoque reus absolvatur. Ita ut hoc rescripto conspirationem esse adversariorum ad jus sententiæ: sic testes pecunia esse corruptos, ad facti probationem recte exigi videtur. Quod ait rescri-

conjunctim probari debere velint, per voculam et, contrarium tamen veris et communius vocat, quod d. vocula hic resolvatur in copulativam. Sed Duar. *d. loc.* ideo utriusque mentionem fieri, quia acciderat in specie ea de qua consultus Imp. ibi et rem severe vindicare, atque ita reum puniri et judicatum rescindi jubet. Utrumque ut fiat, corruptio una requiritur, ad posterius vera falsitas sola sufficit Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de sent. Resol.* 3. *n.* 22. qui ab hac communi opinione non discedendum esse docet. Et recte quicquid contra Donellus.

(7) Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 307. Ambitiosa est ad gratiam composita Cujac. *in Novell.* 103. Et consentiunt DD. vulgo, Vant. *de Nullit. ex defect. process. n.* 135. Obi. immo ambitiosa decreta rescinditur *L.* 4. *de decret. ab ord. L.* 3. *pr. de minor.* Facit *L.* 12. *C. de transact.* Sueton. *in Domitiano.* Ambitiosas sententias rescidit *Resp.* Ibi ambitiosa non simpliciter gratiosa, colere quæsito conflata, quasi inflexo ambitiosi verbo ad confictas et commentitias caussas, ut Forner. 1. *Select.* 17 nec quæ gratis vel accepta mercede contra jus et æquum in alicujus favorem interposita, ut Ræвar. 5. *Var.* 6. licet hæ acceptiones *d. L.* 65. §. 2. forsan non inconvenientes. Sed quibus ultra modum potestatis suæ ejusque limites excedentes ea sibi arrogant magistratus decernentes quæ ipsis non concessa, ut in exemplis *d. L.* 3. *pr.* (*junge* not. supr. *Lib.* 3. *C.* 18. *lit. E. pag.* 167) *item d. L.* 4. quia non ea decurionum auctoritas ut debita Reip. remittant, cum donare, quod perdere est, administratori nulli liceat. Confer. Goth. *Lib.* 6. *de tut. lectoral. p.* 304. *et seq.* Carol. Labbæ. *in Obs. Synops. Basilic. Lib.* 54. *tit. de civ. C.* 2.

(8) Accedit quod si inimicus judex vel amicus adversario sibi imputet, quod non rejecit vel ejuravit Pretium judici datum esse nesciri potest, cum occulte res geratur; caussa odii vel simultatis non ita facile: Confer. *Langlæ* 2. *Semestr.* 5. *p.* 127. *et p.* 133. (ubi exempla habet eorum qui de inimicis incorrupte judicaverunt) *et* 3. *semestr.* 5. *pag.* 159. Nec abs se Menoch. *Arb. Casu* 116. *n.* 23. *et seq.* difficile probatu censet judicem pecunia corruptum esse, et ad hoc probationes concludentes requiri.

(9) Arist. 1. *Rhet. ult.* Sed ad hoc responderi potest gratis id est, nulla re permotus Arist. *d. loc.* Qui ducitur amore aut odio, etsi pecuniam non acceperit non gratis omnino id facit. Nam et species lucri est, beneficii debitorem acquirere. *L.* 54. § 1. *de furt.* et sæpe vel magno ære redimitur ultio de inimico.

plum (10) *In integrum restitus, quod judicatum sit*, quam significationem habeat, videndum est. Et quidem convenit inter omnes cæteras species sententiarum, quas supra
9 proposui, ipso jure non valere. Huc † quod ex fal is instrumentis aut testimoniis judicatum est, (11) vulgo ex hoc loco valere nolunt, sed in integrum restitui auxilio magistratus. Est enim proprie restitutio in integrum, amissæ caussæ redintegratio, et ubi res mero jure integra est, ibi restitutio est supervacua. *L. 2. Cod. in quibus caus. in integr. restitut. non est nec. L. in caussæ, 2. supr. de minor.* Quæ res facit, ut de eadem re agere tantum liceat intra tempora in integrum restitutioni petendæ præstituta, idest, intra quatuor annos, *L. ult. Cod. de tempor. in integr. restit.* cum si sententia mero jure non valeret, perpetuo de eadem re agi posset, ut re integra. Ac ne quis exemplo sententiæ ex falsis instrumentis latæ moveatur, in quo genere nusquam aperte in integrum restitutio exigitur, idem et de ea statuunt: ut quoniam nihil interest, inter testes et instrumenta, quod de uno genere dici constat, id etiam ad
10 alterum recte transferatur. Nos † autem videamus, ne recte statuerimus, ut omnem sententiam ex cæteris caussis, quas initio hujus capitis proposuimus: sic ex hac nulli nocere, si res ex falsis instrumentis et testimoniis judicata sit. Et sane ejusdem Imperatoris Hadriani rescriptum his ipsis verbis utitur in re judicata: in qua tamen aliunde constat nullam esse sententiam ipso jure. Extat rescriptum in *L. 3. §. Divus Hadrianus, infr. de jure fisci*, in haec verba: *et liberales caussæ si non interveniente fisci advocato decisæ sunt, in integrum restituuntur.* Atqui de hoc genere in *L. si fiscus, eod. tit.* ita scriptum est: *si fiscus alicui status controversiam faciat: fisci advocatus adesse debet: quare si sine fisci advocato pronunciatum sit, Divus Marcus rescripsit nihil esse actum: et ideo ex integro cognosci oportere.* Quare cum in his tam parum sit firmitatis in hanc aut illam partem: de ea ipsa ex aliis locis quærendum sit.

Et cuivis in caussam et genus hujus restitutionis inquirenti, tum eos locos qui sunt de re ex falsis instrumentis judicata expendenti, comparanti præterea hoc genus sententiæ cum iis, quas constat citra ullam in integrum restitutionem non valere, ita succurrat necesse est, nihilo magis in hoc genere in integrum restitutione opus esse, quam in cæteris. Primum si qua in hac specie in integrum restitutio est, quando cæteræ caussæ hujus restitutionis deficiunt: oportet sit ex ea parte edicti, qua Prætor edicit, *Si qua alia justa caussa esse videbitur, se in integrum restituturum*, *L. 1. in fin. supr. ex quibus caussis major.* At hac clausula Prætor his tantum fere auxilium pollicetur, qui per absentiam suam justam quid amiserunt: ut Ulpianus pluribus obstendit in *L. sed etsi, §. ult. et L. nec non, supr. ex quibus caus. major.* Utcunque sit, certe inauditum est, hanc clausulam ad eos, qui sententia judicis læsi sunt, pertinere. Alioqui si quis per errorem aut imperitiam judicis condemnatus sit, ex hac parte restituetur, multoque magis si ambitione judicis, aut odio, aut alia perturbatione id factum sit. Quod nemo dicit. Ac demus etiam hujus clausulæ auxilium paratum esse iis qui ita sententia judicis læsi sunt. Attamen hoc conceditur tunc solum paratum esse, cum quis necessitate aliqua, non voluntate, aut sua culpa læsus est, dicta *L. sed et si, in fin. ex quibus caussis major*, nunc autem culpa est condemnati, si cum sciret se oppressum falsis instrumentis, aut testimoniis, non statim provocavit. Quare nisi sententia ipso jure nulla est, atique hoc casu ex hac clausula caussa non restituetur.
Quid autem † de re ex falsis instrumentis 11
judicata constitutionibus cautum est? Et scribitur (12) diserte in *L. qui agnitis, infr. de except.* caveri, si res judicata esset ex

(10) Duar. *ad d. L. 33. circ. fin.* Reponitur in pristinum statutum, quantum ad factum attinet, licet jure ipso statum non mutaverit.

(11) Menoch. *Arb. Cap.* 15. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 36. *n.* 16. Coras. in *L. ad nonendi* 31. *D. de jurejur. Part.* 2. *n.* 23. *et SC. Tolos. C.* 37. Vant. de *Nullit. ex defect. process. n.* 532. Trentacinq. 2. *Tract. Resol. tit. de sentent. Resol.* 3. Bronch. 4. *Enunt.* 24. Sed recte Donellus cum quo Zas. 1. *Sing. Resp.* 13. *et ad d. L.* 33. Duar. *ibid.* Myns. *ad Cap.* 3. *extra de fid. instr. n.* 7. *et* P. Gravgian. *Paradox. cap.* 27. Quia. ait, vitium hoc est formale. Irritat itaque sententiam etiam citra restitutionem in integrum, quæ circa vitia accidentaria; Ad hæc cessat hic præsumptio veritatis, qua res judicata pro veritate habetur. Plane si contra minorem lata sit sententia talis, nullam esse eam DD. vulgo admittunt per *L. 1. Cod. si tut. vel cur. fals. alleg.* Menoch. *d. Cap.* 15. *n.* 11. Bronch. *d. loc.* Anton. de Gamma *Decis.* 110. *n.* 42.

(12) Leve est quod Bronch. *d. Ax.* 14. *ex* Menoch. *d. Cas.* 15. regerit in *d. L.* 12. relationem fieri ad constit. principalem *quæ in d. L.* 33. proinde ex ea declarandam esse. Neque

falsis instrumentis, et postea falsa inveniantur, nec rei judicatæ præscriptionem opponi. Quis neget his verbis demonstrari rem pro judicata non haberi? Nam profecto si sententia valeret, obstaret jure prætorio agenti exceptio rei judicatæ: quam Modestinus negat opponi. Quod si hoc in falsis instrumentis valet, valeat in falsis testibus quando utriusque generis par caussa et via est in negociis probandis. Sed hoc genus sententiarum cum reliquis sententiis injustis comparemus. Venales sententies, idest, eas quas judex pecunia corruptus tulit, constat non valere. Utrum ipso jure, an postea rescindi? Omnes consentiunt ipso jure nos non tenere *L. venales. Cod. quand. provoc. non est necess.* Quid ergo caussæ afferri potest, cur venalis potius nullius momenti sit, quam quæ ex falsis instrumentis aut testimoniis lata est? Imo quid afferri potest, cur hoc genus posterius non potius nullom judicandum sit? Quid, an iis prodesse debebit, qui adversarium falsis instrumentis aut testimoniis oppresserunt? Sed turpius est cum judex ipse corruptus est. Sane turpius; sed tanto minus sententia judicis firmitudinis habere debet: quanto magis a litigatoribus circumventus contra jus et æquum judicavit, vel ex ipsius judicis sensu. Etenim qui sciens male judicat, hoc ipso ratum esse vult, quod judicat. Cujus autem religio circumvenitus, is non probat, quod judicat, nec vult id valere: qui si sciret, quomodo se res baberent, sine dubio non ita judicaret. Jam vero ubi patrono caussæ prævaricante contra reum judicatum est, non magis hic ulla judicis circumventi turpitudo est, quam tunc cum falsis instrumentis, aut testibus deceptus judicat; sola utrobique adversariorum conspiratione sine opera judicis reus opprimitur. Atqui de hoc genere nihil amplius cautum est in *L. 1. Cod. de advocat. divers. judic.* quam patrono accusato et prævaricationis impleta accusatione, non defuturam adversus eum pro temeritate commissa sententiam, atque ita de futurum, ut de principali caussa denuo quæratur. In qua quæstione si restitutionem in integrum intervenire debere interpretamur, nihil caussæ est, cur non interpretemur, eandem in omnibus caussis intervenire debere, in quibus dicitur sententiam retractari posse atque adeo in ipsa accusatione criminis, de qua superior lex loquitur. Quod si in hac specie absurdum, et ineptum est: non est cur re falsis instrumentis aut testimoniis judicata, quæ par caussa est, aliud statuamus. Sed hæc in re non necessaria nimis meo judicio multa, quæque ita tantum protuli, ut iis, qui sententiam contrariam sibi eripi nolunt, satisfacerem. Etenim nihil tam multis opus est. Unum satis esse debet, ut in posterum omnes controversiæ conquiescant, quod subjicio. Constat, etsi reus absulutus est, nihilominus tamen perseverare actionem; et ideo ipso jure do eadem re postea adversus eum agi posse, § *item si in judicio. Institut. de exception.* Hoc quandocunque faciet, recte et jure civili faciet; proinde et sine ulla in integrum restitutione, Quod reus contra, qui dolo et malis artibus sententiam extorsit? Objiciet scilicet rei judicatæ exceptionem. At parata est agenti doli mali replicatio. Nisi dolo malo et malo more consecutus sit, ut judice circumvento secundum te judicaretur: qua replicatione exceptio removebitur. Nam et in transactione, quam quis dolo malo extorsisset, puta subtractis instrumentis idem fieret *L. sub prætextu. Cod. de transacti nib.* nec vero transactio minorem vim habet, quam res judicata, *L. non minorem, Cod. eod.* Quod si reus conspiratione actoris oppressus et condemnatus sit, tum vero illo agente adversus actionem judicati multo magis dabitur doli exceptio, quæ parata est adversus omnes, qui dolo malo consecuti sunt aliquid, quod summo jure tuentur. *L. 1. infra, de doli mali exceptione.* Et in hoc genere fraudis, qua reus aut actor sententiam extorquet, nulli hanc fraudem prodesse debere scriptum est in *L. 1. Cod. si tutor falsum allegaver.* Itaque, si hoc totum genus sententiarum a duobus prioribus, quæ initio proposuimus, separare velimus, ita licebit secernere, ut in his sententia ipso jure non valeat; in tertio per exceptionem infirmetur, aut replicationem. Qua ratione non in falsis testimoniis, aut testibus consistemus: sed generaliter recte defendemus, quocunque modo factum sit dolo malo adversarii, ut judice circumvento secundum eum judicaretur, toties rem judicatam victu non nocere: de quo dicam ad *L. Imperatores. infr.*

enim apparet omnino ad illud Hadriani rescriptum *d. L.* 33. respici, sed dicitur *d. L.* 11. principalibus constitutionibus in plurali manifeste caveri. Quin potius igitur *d. L.* 33. declarationem accipit ex *d. L.* 11. quam vicissim.

Ad L. *Si victum.* 34.

Licinius Ruffi. *lib. XIII. Regularum.*

Si victum vel stratum inferri in carcerem quis judicato non patiatur, utilis in eum pœnalis actio danda est (ut quidam putant) injuriarum cum eo agi poterit.

S U M M A R I A.

1. ***Judicato in carcerem detruso dimensum seu quotidianum victum præstari ad certam quantitatem ex* L. XII. Tabb.**
2. ***Qui inferri judicato victum prohibet num actione aliqua teneatur, quæ dubitandi ratio.***
3. ***Et qua idem actione teneatur.***

Quæstio proponitur de victu, qui infertur judicato. Ne forte mirum sit, cur hoc in judicato quæratur potius, quam in quovis, alio, cui victus in domum infertur, hæc quærendi occasio est. Sciendum est, † (1) judicatum, 1 qui solvendo non est, in carcerem coniici

(1) *Nov.* 135. ubi per cessionem bonorum remitti dicitur ἡ τῦ σώματος τιμορια, Hott. *Ill. Q.* 26. De carcere mancipandis debitoribus. et qui personæ conditione vel privilegio ab eo immunes, plura referre possem. sed pagellarum angustia non permittit. Videri possunt Menoch. 1. *Arb. Q.* 88. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. Parte* 5. §. 6. Caccial. *de debitore suspecto et fugitivo.* Ant: Sola *ad const. antiq. Sobaud. Rubr. de Captura debitoris pro caussa civili; decreto abusionibus* etc. Asin. *Tract. de Exsecut.* §. 2. *C.* 2. *et seqq.* Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *C.* 6. *et Decis.* 134. *n.* 40. *et seqq ac Decis.* 140. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 97. Fr. Munnoz. *de Ratiocin. C.* 35. Guid. Papæ *Q.* 62. *et ibi additionatores* Moller. 1. *Semestr.* 36. *et ad Nov. Elect. Sax.* 22. *P.* 2. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 25. Modest. Pist. *Part.* 1. *Q.* 39. Speckhan. *Contr.* 1. *Q.* 19. Wurms. *Lib.* 1. *Tit.* 28. *Obs.* 8. Wehner, *Obs. pract. de V. S. V. Gefegnis.* Et præter hos in specie de muliere quatenus immunis, *Nov.* 134. *C.* 9. *auth. sed hodie Cod. de offic. divers. jud.* Gomez. *in L. Tauri.* 62. Damhuder. *Praxi civ. C.* 64. *n.* 10. *et seqq.* Gutierrez. 2. *Lib.* 2. *Pract. Q.* 25. *et* 2. *seqq.* (ubi nec si tutrix omni legum auxilio renunciaverit. *d. Q.* 27. nec si meretrix nupta, *d. Q.* 27. *et* Langlæ 8. *Semestr.* 8. *p.* 538. Damhuder. *d. C.* 63. *n.* 13. quia, ait, ob honorem matrimonii habetur honesta. Intellige, si in coniugio pudice vivat, quæ ante pudorem suum prostituit. Nam si adultera, tanto inhonestior meretrice, quanto gravius delinquit) Rob. 2. *Rer. judic.* 6. Lutetiæ contra pronunciatum refert, nempe Coustit: regia generali de carceris tædio compellendis judicatis, ni intra quadrimestre solverint, mulieres quoque comprehendi. Male Fabius Arcades mulierem, quæ pro alia dotem promisit, posse compelli carceribus, per *L. ult. C. ad SC. Vellei.* Nam immo hæc non tenetur ultro quam facere potest, sive pro filia promiserit ob coniunctionem, sive pro extranea ob liberalitatem. De nobili Gomez. *in L. Tauri.* 69. *n. h.* Petr. Barbosa *ad L. alia* 14. *ipsi* 15. §. *eleganter.* 1. *Sol. matr. n.* 13. *et seqq.* Hering. *de Fidejus Cap.* 10. *n.* 368. et seqq. fuse Gutierrez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *C.* 16. De Doctore Gomez. *in L. Tauri* 83. *et finalem n.* 17. Caccialup. *de Debit. furtivo. Q.* 5. *n.* 9. *et* 10. Hartm. Hartio. *Obs. misc. C.* 1. *Obs.* 4. *n.* 6. Matth. Brun. *de Cess. bon. Q.* 10. *Quæst.* 4 *principalis n.* 3. In specie de medicinæ Doctore (In quo scilicet majus dubium. Confer. Ant. Fab. *C. suo Lib.* 9. *t.* 28. *Defin.* 9. *et* 10.) convente Statuto, de non capienda persona militari, Ludov. a Peguera *Decis.* 164. Olim quoque Senatores et clarissimæ personæ liberæ custodiæ concedebantur, quæ opponitur arctiori, quia laxius in illa spatiari licebit. vid. Hot. 9. *Obs.* 4. Ravar. 3. *Var* 12. Hering. *ex Lipsio de Fidejuss Cap.* 10. *n.* 373. *et seq.* Jo. Savaro *Com. ad Sidon.* 1. *Epist.* 7. Semen ex debito civili non quidem carcere relaxandum. sed nec arctiori, verum mitiori custodiæ includendum esse, Senatus Pedemontan. censuit, Cacheran. *Decis.* 123. Mirum visum est, quod Choppinus memorat. *Lib.* 1. *de Privil. rust. P.* 1. *C.* 7. rusticos regia Gallorum lege ob æs qualecunque alienum in carcerem abduci non licere, præterquam in fiscalibus nominibus et mercede a colono debita domino. Quæritur : Num huic immunitati renunciari possit? P. Barbosa *supr. d. loc.* affirmat in nobile, Quia etsi propter

posse, ubique detineri, quamdiu non solvat, neque bonis cedat, *L.* 1. *C. qui bon. ceder. poss.* Idque effectum est lege XII. tabularum: quæ (2) judicati ducendi fecit potestatem, eiusque vinciendi nervo, aut compedibus, ut lex refertur apud Aul. Gell. *Lib.* 20. *Cap.* 1. Etiam illud eadem lege cautum fuit, ut qui judicatum in carcerem detrusisset, ei (3) dimensum præstaret ad certam quantitatem, quæ lege expressa est. Si plus

reverentiam, ait, privilegium habeat, non tamen debitam ceu capiti ac superiori. Et privilegio ratione dignitatis concessio renunciari probat *L. pen. de C. de pact.* Licet vero Clerici privilegio fori abdicari nequeunt, discrimen tamen id esse vult, quod in his jus publicum principaliter per *L.* 1. §. 2. *de just. et jur.* in nobilibus autem secundario, et privatim primario consistat. *Ibid. n.* 24. mulierem quoque renunciare posse, ut tamen carceri separato, non viris communi tradatur. Quod et Augusto Saxon. Electori placuit *Nov. sua* 21. *p.* 2. De renunciatione ista accuratius Gutierez. *supr. d. C.* 16. De conventione qua debitor, ni sua die solverit, se ad carcerem obligat, quæ approbata *d. Nov. Elect.* 21. *p.* 2. num jure communi teneat, et quæ ejus vis, vid. *Zas.* 2. *Sing. Resp.* 8. Mynsig. 6. *Observ.* 51. Asin. *de Exsecut.* §. 8. *C.* 2. P. Barbosa *ad d. L. alia* 14. §. 1. *Sol. matr. n.* 42. *et* 2. *seqq.* Moller. 1. *Semestr.* 35. *et ad d. Nov.* 21. Confer. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 10. *n.* 167. *et seqq.* Frid. Martini *de Jure censuum. Cap.* 4. *n.* 22. *et seqq. et Cap.* 6. *n.* 351. *et seqq.* Menoch. *Arb. Lib.* 1. *Q.* 7. *n.* 12. ubi docet moribus effici posse, ut corporali quis se alliget pœnæ. Ista autem conventione non excludi bonorum cessionem vult Coler. *P.* 1. *C.* 6. n. 110. quia ait, cum illi expresse renunciari nequeat (vid. tamen *not. supr. ad L.* 16. *et seqq. N.* 55.) minus tacite. De obligatione ad obstagia (ab Augusto Elect. Sax. prohibita) *Nov. sua* 22. *p.* 2. vidi Gail. 2. *Obs.* 45. Coler. *P.* 1. *C.* 8. Modest. Pist. *Q.* 138. Moller. 3. *Semestr.* 30. Hering. *de Fidei Cap.* 17. *n.* 66. *et seqq.* Ventura de Valentiis *Parthenii litig. Lib.* 2. *C.* 2. *n.* 27. *et seqq.*

(2) Quin postquam 60. dies in vinculis habitus trans Tiberin peregre venundari et, si plures creditores, in partes secari poterat. Agell. *d. loc.* De qua veteri de nexis lege, ejus item vera lectione vid. Cujac. 3. *Observ.* 39. Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 8. Theod. Marcil. *Collect. L.* 12. *tab. Cap.* 18. Cont. 2. *Subsec. lect.* 18. *Forner.* 1. *Select.* 6. Bodin. 1. *de Repub* 5. Broidæ. *in supplem. hist. fori Pollet. Lib.* 5. *C.* 18. Covar. 2. *Var. Resol.* 1. *n.* 1. Menoch. *Arb. Cap.* 183. *n.* 5. *et seqq.* Itemque Joseph. Scal. *in Festo V. Nervum.* Sigon. 1. Emend. 36. Jac Nicol. Lœnsis 9. *Miscell. Epiphill.* 1. Hieron. Mag. 1. *Misc.* 8. qui negat hoc jus ex Solonis ac Græcorum legibus acceptum fuisse. Sicuti Alex. ab Alex. 6. *Gen. Dier.* 10. Solonem Athenis corpus pro se addici vetuisse. A rigore illo decemviralis legis parum abest hodiernum Indorum Calentii institutum, ceu ex Ludov. Vartomanni itinerario refert Anton. Tessaur. *Decis.* 153. *n.* 2. Apud Chinenses ære alieno pressi in carcerem conjiciuntur, tempus solutioni præfinitur. Quo nisi credito paruerint, verberibus cæduntur, alio deinde die statuto acriores plagæ infliguntur. donec ad necem usque cæsi fuerint, Jo. Consalv. Mendoza *Lib.* 3. *de Regno Chinæ Cap.* 10. Sublata autem apud Romanos illa crudelis de nexis lex non desuetudine sed consulari lege expressa ob L. Papirii in Publio adolescente venusto attentatum flagitium, de quo Liv. *Lib.* 8. Forst. 2. *de Success. intest.* 18. *n.* 57. Ræv. *d. Cap.* 8. *in fin.* ut tamen adhuc in compedibus servari possent, ad operas præstandas, donec credito satisfiat, vid. Rævard, *d. loc. et* 4. *Var.* 18. ubi docet, sublata ea lege adhuc viguisse addictionem voluntariam. qua se in servitutem addici passi fuerint debitores, donec creditum exsolvissent, de qua accipit *L.* 12. *C. de O. et A.* Ad consularem istam legem respicere puto illa Caii Manlii apud Salust. *in Catilina C.* 33. Neque cuiquam nostrum licuit more majorum lege uti, neque amisso patrimonio liberum corpus habere, tanta sævitia fœneratorem atque Prætoris fuit. Ubi Henric. Glarean. *in Com.* quæ sit illa L. nihil se certi adferre posse scribit. Reliqui, Rivius Popma, P. Ciaconius omnino prætereunt. Jure Sax. quo debitor ad manus creditoris condemnatur, ut illi in vinculis ac compedibus operas serviles præstet, reductam esse quadantenus illam duritiem veterem notat Coler *de Prosess. P.* 1. *C.* 6. *n.* 128. eamque L. perfidia debitorum inspecta ratione non carere Gail. 2. *de Pac. publ.* 2. *n.* 23. Sed dispositionem eam D. Augustus Elector penitus sustulit, *d. Novel.* 22. *p.* 2. apud Hispanos addictionem debitorum in servitutem denuo vigere et passim in foro observari, testatur Franc. de Caldas *ad L.* 3. *Cod. de in integr. rest. indefinit. v. sua facilitate n.* 52. Add. Parlad. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 5 §. 7. *n.* 4. Confer. *not. supr. ad L.* 6. *D. N.* 15.

(3) Quo de verba hæc L. 12. tab. apud Agell. *d. C.* 1. Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit libras farris in dies dato. Si volet plus dato. Sed Rævard. in *LL.* 12. *C.* 8. emendat ita: libram farris endo die (idest quotidie) dato. Ex seqq. enim si volet etc. liquere certam farris quatitatem legem expressisse. Quæ et ratio Guil. Fornerii 1. *Select.* 6. Si nescis, ait, quantum ἐνθεσται (infinita enim locutio esset) ignoras et quid ἐνσυγκριτει. Unde pro *libras* reponit *libra* S. idest, selibra. S. enim ceu notam semissem significasse. Sed notatur a Cujac. 9.

præstare vellet ipse, aut alius, ostendit lex jus esse. Hinc posito, quam ejus, qui in carcere inops degit, omniumque similium personarum egentium, qui publico aliquo in loco detinentur ita, ut se inde movere non possint, quales sunt, qui in ptochotrophiis morbo afflicti jacent: quam omnium, inquam istorum intersit, aliorum hominum erga se liberalitatem non prohiberi, postquam ipsi victum quærere non possunt, aut si prohibeatur, superioribus paratam esse adversus hoc factum tam iniuriosum actionem: etiam me tacente facile quivis intelligit. Inde quæsitum † si quis forte prohiberet, ne judicato in carcerem inferantur ea, quæ ad (4) victum vel ad stratum pertinent, sitne judicato adversus eum aliqua actio eo nomine. Nec abs re hac quoque de actione dubitatum est. Non enim facile hic ulla occurrit actio quæ
11 judicato detur, neque ex contractu, neque
12 ex maleficio. De contractu constat, nihil enim is contrahit, aut negotii gerit, qui victum inferri prohibet. Sed nec in judicatum delinquit, ut quidem delictorum genera numerantur: non enim quicquam furto amovet; non vi eripit: sed nec videtur damnum dare, qui nihil de rebus judicati deminuit, rumpitve. Quod enim infertur, aut non est judicati; aut si ejus est, manet integrum nihilominus, ut ante. Ne injuriarum quidem actio est. Quem enim judicato injuriam facit, qui neque eum pulsat, neque ei convitiatur, neque quidquam facit, quod ad ipsius contumeliam pertineat? Ideo, ut dixi, de actione, an ulla esset, quæsitum est, ideque ea re ob suprascriptam caussam constituendum fuit diligentius, quod hic factum est. Et ait † Ruffinus: *Utilis in eum pœnalis actio danda est, vel (ut quidam putant) injuriarum cum eo agi poluerit.* Pœnalem actionem hic accipere debemus, actionem ex lege Aquilia de damno dato, quia ut is damnum dat, et hac actione tenetur, qui pecus non occidit, sed ita inclusit, ut fame necaretur, §. *ultim. Instit. de lege Aquil.* ita et is, qui victu et strato prohibito fecit, ut judicatus in morbum incideret, aut debilitaretur. Uterque enim pariter caussam damni dedit. Et ideo in hac actione in hoc agetur, quanti sit, quod inferebatur judicato. et præterea si judicatus in morbum vitiumve ex ea re incidit, quod rebus necessariis, quæ inferebantur, caruit; id detrimentum omne illi sarciatur, de quo vide *L. ultim. supr. de iis, qui dejecerunt vel effud.* Sed erit hæc actio utilis, non directa duabus de caussis. Una, quia is, qui prohibet victum inferri, corpore suo damnum non 10
dat, dictu §. *ultim. de lege Aquilia.* Altera, quod actio directa legis Aquiliæ soli domino datur. *L. item, Mela, §. legis, supr. ad legem Aquiliam.* At de damno corporis liberi actio domino dari non potest, etiamsi maxime detur ei, qui damnum passus est, quoniam nunc existimatur dominus esse membrorum

Obs. 37. tum quod *libra S.* non selibram sed sesquilibram denotet, tum quod selibræ modus angustior sit *ibid.* Cujac verbis *libras farris* in singulos nexos unam significari. Sed non convenit series verborum præcedd. et seqq. quæ de uno loquuntur. Potius dicendum significari singulas libras in singulos dies, vid. Fopp. ab Aezema 1. *Differt.* 15. Libram sane farris servorum diarium seu victum diurnum fuisse probant illa Horatii 1. *Sat.* 5.

. . . . *cui satis una*
Farris libra foret gracili sic tamque pusillo.

unde Forner. refellitur. Libras autem non panis, ut Cujac. 11. *Obs.* 22. sed pultis significari, ex prisco victu vult Marcil. in *L.* 12. *tab. collect. C.* 18. Huc respicit Terent. *Phorm.* 2. *Sc.* 2. ubi Phormio.

Mihi sciunt nihil esse, dices, ducent damnatum domum
Alere nolunt hominem edacem . . . .

Ducebantur enim addicti domum ibique nervo, scilicet catulo ferreo colli vinculo vel compendibus vinciebantur, unde Nexi dicti, Marcil. *d. C.* 18. Quatenus debitor inops carceri inclusus, expensis creditoris ali debeat, Viv. *Lib.* 4. *Decis.* 529. Maranta *in Singularib. lit. C. pag.* 601. Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 2. *n.* 87. *et seq. et C.* 6. *n.* 92 *et seqq. ac Decis.* 281 Damhuder. *Praxi civil. C.* 64. *n.* 24. Contraria tamen consuetudo multis locis viget, sicuti Pragæ, Norimbergæ etc. inclusi *in den Schuldthurnen* miserrima quiritatione stipem a prætereuntibus emendicare audiuntur. Quin et *ex Nov. Elect. Sax.* 12. *p.* 1. ipsi debitori de alimentis consequendis dispiciendum. Quo satis ostenditur ex elemosynis ipsi vivendum esse. Moller. 1. *Semestr.* 36. (etsi dissentire videatur Coler. *d. Decis.* 281. ubi tamen ab editæ constitutionis tempore, se non meminisse quenquam obæratum in carcerem publ. coniectum fuisse testatur. Sane noviss. Constit. sereniss. Principis nostri *Resolut. gravaminum conventus Torgensis tit. Justiensachen. Art.* 9. ut debitor excussus carceri publico tradatur, et ni creditoris facilitate victus suppeditetur, stipem loco constituto colligi, et captivis distribui debere cautum est.

(4) Hinc. Quid victus et strati verbis, contineatur, de quo *L.* 43. et 2. seqq. *de V. S.* ubi vid. Goed.

suorum, oportet enim aliud esse, qui rem habet, et aliud id, quod habetur. *L. liber. supr. ad legem Aquiliam.* Injuriarum actio erit in hac specie eodem exemplo, quo datur adversus eum, qui nec rebus publicis uti prohibet, aut nostris, *L. injuriarum, §. si quis me, infr. de injur. L. qui pendentem, supr. de action. empt* Nun enim magis pertinet ad libertatem nostram, et jus civitatis uti rebus publicis, cum lex usum dat earum rerum: quam uti alieno beneficio, et liberalitate, cum offertur.

Ad L. *Imperatores.* 35.

Papyrius Justus *Lib. II. Constitutionum.*

Imperatores Antoninus, et Varus rescripserunt quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat: tamen in negotio publico ex caussa permittere se hujusmodi instrumentis uti.

SUMMARIA.

1. *Res inter privatos judicatas prætextu novorum instrumentorum instaurari non posse.*
2. *Nisi tamen in illis fraus et dolus adversarii arguatur.*
3. *Neque de caussa legati aut fideicommissi nullo apparente testamento judicata iterum agi posse eo reperto.*
4. *Contraria removentur.*
5. *Caussas publicum incommodum continentes licet judicatas retractari ex causa: hæc duplex et qualis utraque.*
6. *Rem adversus rempub. judicatam minime rescindi, si curator reip. qui est in culpa, sit solvendo.*
7. *Difficultas ex* L. unic. C. de sent. adv. fisc. Lib. 10. *adducta removetur.*

Satis jam dictum est rei judicatæ standum
esse, etsi injuste quis condemnatus, aut abso-
lutus sit. *L. præses infr.* si modo ea remove-
ris, de quibus dixi ad *L. Divus, supr.* Id ut
certius esse intelligeremus, addiderunt con-
stitutiones, res judicatas, ne prætextu qui-
dem novorum instrumentorum, idest, post
rem judicatam repertorum retractari posse,
L. sub specie, C. de rei jud. Idem inculcatur
hoc loco: sed interpretantur Imperatores
hanc constitutionem valere in rebus privatis:
in negotio publico non eodem modo. De re-
1 bus † igitur privatis prius dicatur, statua-
musque hoc, quod supra posui, obtentu instru-
mentorum postea repertorum res judicatas
retractari non posse. Utputa, cum actor de-
rem mutuo peieret, et probare non posset ea
deberi, reus, ut juris ordo postulat, absolutus
est, *L. qui accusare. C. de edendo,* si actor
postea reperiat ejus mutui tabulas, hisque
probatis iterum agat, non audietur, idemque
est, si fingas reum, cum diceret se solvisse,
neque id probare posset, condemnatum esse:
postea apocham solutionis reperisse, nihilo
enim magis recusare poterit judicati actio-
nem, aut solutum ex ea caussa repetere. Sed
meminisse oportebit, has constitutiones tunc
solum locum habere, cum res judicata retra-
ctatur ob hanc caussam, quod dicantur
instrumenta de re postea esse reperta. Diver-
sum † est, si præter hæc instrumenta factum 2
aliquod fraudulentum adversarii arguatur,
propter quod consecutus sit, ut priore judicio
secundum eum judicaretur. Et ideo si (1)

(1) Vulgo ratio redditur, quia lata est ex probationibus privilegiatis, non autem veris et ordinariis, vid. not. *supr. Tom.* 10. *in Comment, ad Tit. de Iurejur. Cap.* 11. *N.* 27. Sicuti et alias sententias ex iisdem latas rescindi receptum est. Hinc etsi caussa per testimonia decisa, atque testes novi non audiantur per *L.* 15. *Cod. de fid. instr.* id tamen ita si priore de re comperta, et sensu aliquo corporis percepta dixerunt. Secus si de eo quod sibi visum fuit, dum ratione colligerent, vel ut vulgo de credulitate, Maranta §. *t. n.* 134. Unde sententiæ ex relatione peritorum artis latæ rescissioni subiacebant, ut *supr. lib.* 29. *civil. Comment. Cap.* 1. *N.* 7. Hinc sententia ex aspectu de ætate lata retractatur errore detecto *L.* 32. *de minor. C. fraternitatis extra. de frig. et malefic.* Co-

priore judicio judex a reo jusjurandum exegerit, et cum jurasset, secundum eum pronunciavit, ut fieri in dubiis caussis solet: constitutum est novis instrumentis postea repertis licere de eadem re ex integro agere, *L. admonendi. supr. de jurejur.* Recte; hic enim coercetur periurium adversarii; quod illi prodesse nequaquam oportet. Idem probandum est, si (2) adversarius instrumenta, quæ postea reperta sunt, subtraxerit. quibus de subtractis facile extorserit, ut secundum se judicaretur. Nam si is, qui hac arte transactionem extorsit, adversus transactiunem exceptione aut replicatione doli repellitur, *L. sub prætextu, C. de transaction.* etiam ei, qui idem fecerit in judicio, adversus actionem judicati doli exceptio, aut adversus exceptionem rei judicatæ, doli replicatio obstabit, ut dixi ad *L. Divus, in § sup.* non enim minorem auctoritatem habet transactio quam res judicata. *L. non minorem. C. de transact.* Neque hæc eum dicimus, quicquam discrepans dicimus ab eo, quod constitutum est, sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas instaurari non posse. Nam suprascriptis duabus caussis non propter instrumenta tantum res retractatur, sed propter circumscriptionem adversarii. Quod si nullus dolus adversarii arguetur; manebunt hæ constitutiones, quæ vetant res bona fide actas et judicatas ullo prætextu revocari. At quid si (3) is. qui nova instrumenta reperit, iisque nunc utitur, dicat se eorum instrumentorum facultatem antea habere non potuisse? Ne sic quidem audiendus est. Nam nec transactiones bona fide interpositæ prætextu instrumentorum postea repertorum, quamvis ea adversarius antea non habuerit, retractantur, *L. sub prætextu,*
3 *C. de transaction.* Hic tamen ambigitur, ✝ num ex omnibus caussis privatis, unam excipere debeamus: caussam legati videlicet, aut fideicommissi, de quo non apparentibus tabulis testamenti actum et judicatum est. Ut ecce; cum quidam diceret sibi decem legata esse testamento Titii, ea ab herede petiit, et testamento latente, qnia de legato docere non poterat, heres absolutus est. Reperto postea testamento legatarius eadem decem petit; quæ constat testamento esse legata. Quæstionis est, an per speciem testamenti postea reperti de legato recte iterum agatur. Ego puto etiam hanc caussam ad has constitutiones pertinere, idest, caussam in hoc genere decisam, nec testamento postea reperto instaurari posse. Nihil enim excipiunt constitutiones præter negocium publicum. Nec me movent ea, quæ in contrariam partem a plerisque dicuntur: Ajunt (4),
✝ quod et verum est, de iis controversiis, 4
quæ ex testamento pendent, nisi inspectis et cognitis verbis testamenti, transigi non posse, *L. de his, supr. de transaction.* Ex quo effici volunt, in eadem caussa res judicari posse. Hoc vero non recte; non enim bene in hac re comparatur res judicata, et transactio. Etenim de iis controversiis, quæ ex testamento pendent, nec natura transigi potest; qualis tandiu nulla esse potest, ut docui alias suo loco; at res ipsa nos docet, peti posse aliqnid ex testamento. quamvis inde nihil debeatur: et cum petitum fuerit. reum absolvi aut condemnari posse. Objiciunt enim constitutionem Justiniani, qua cautum est de ejusmodi lite jurejurando decisa: nnn apparentibus tabulis testamenti legatarius delata conditione ab herede juravit, sibi aliquid legatum esse; prolatis postea tabulis, quibus constet nihil esse legatum, ille constituit jusjurandum retractari posse et repeti,

ras. *in L. admonendi Par.* 2. *n.* 8. Beust. *ibid, n.* 60. Marant. *P.* 6. *h. t. de sentent. n.* 136.

(2) Item si prævaricatio inde liqueat, aut si sententia per instrumentum illud nullitatis arguatur, ut si sententiam antea de eadem re latam contineat, quia exinde certum posteriorem sententiam non valere *L.* 1. *C. Quan. prov. non est nec* Coras. *SC. Tolos. Cap.* 37. Myns. 4. *Obs.* 60. *n.* 6.

(3) Consentit Fachin. post Cuman. et Fulgos. quos citat 1. Contr. 51. Contra DD. vulgo si ignorantia probabilis, restit in integrum, indulgent ex generali clausula, *si qua justa caussa*, Vid. Sfort. Odd. *de Restitut. in integr. Q.* 72. *Art.* 3. Itaque usus passim servari scribit Coras. *d. C.* 37. maxime si reus condemnatus sit, Duaren. ad *d. L.* 35. ex circumstantiis caussæ debere sumi vult, num æquitas ea ut detur restitutio. Veluti si reus successit alteri et diligentiam magnam adhibuit in quærendis instrumentis. Quia non est quod ei imputetur, quod minus distructus litigaverit, quod contra actori vitio verti potest. Cæterum hic tutius esse monet Myns. 4. *Obs.* 60. ut ante sententiam protestetur se instrumenti copiam nunc non habere, quod postea se reperturum speret.

(4) Ita Duar. ad *d. L.* 35. *Coras. d. C.* 37. Sfort. Odd. *de Restit. in integr. Q.* 73. *Art.* 4. Mediam sententiam fovet Fachin. 1. *Contr.* 52. ut si quidem posteriori testamento major quantitas legatario relicta sit, agi exinde possit, quia nova petitio sit. Secus si priore testamento relictum posteriori prolato ademptum sit.

quod ex ea caussa solutum est. *L. ultim. C. de rebus credit. et jurejurand.* Volunt scilicet, ut jusjurandum de his controversis, quæ ad testamentum pertinent, non existente testamento interpositum, retractari potest: sic posse et rem judicatam: quia utriusque in expediendis litibus vis sit eadem, atque adeo jurisjurandi major. *L. 2. supr. de jurejurand.* Sed perspicuum est, aliam esse caussam ejus, qui judicio obtinuit, sine dolo malo suo; aliam ejus, qui sciens falsum juravit, qui ut aliquid haberet, consecutus est perjurio, quod ei iniquum est prodesse, ut sæpe jam dixi. Et hanc quidem rationem constitutionis suæ diserte reddidit Justinianus in dicta *L. ultim.* Nam quod dicitur jusjurandum parem, aut etiam majorem vim habere, quam rem judicatam, ideo dicitur, quia jurejurando quodammodo transigitur, dicta *L. 2. L. admovendi, in fin. de jurejurand.* Unde licet intelligere, quibus in caussis transactio non admittitur, cujus generis sunt eæ, quæ ex testamento pendent, nondum inspectis verbis testamenti: in his nec jusjurandum valere debere pro transactione, uti nec pro transactione receptum est superiore constitutione Justiniani. Atque hæc in negotiis privatorum locum habent.

5 In negocio † publico permittunt Imperatores novis instrumentis uti. Publicum est, quod ad fiscum, quod ad civitatem pertinet, *L. eum, qui, L. inter, infr. de verbor. signific.* Item quod pertinet ad ecclesias. Unde jus publicum dicitur etiam, quod in sacris consistit. *L. 1. §. hujus studii. supr. de justit. et jure.* Permittunt uti, nempe (5) fisco, civitati, (6) ecclesiæ, quæ propter inopiam horum instrumentorum prius victa est. Sed permittunt ex caussa. Caussa cur retractetur negocium publicum, duplex est. Una, si aliqua fraus adversarii arguatur, similiter ut in caussis privatorum: de quo ante diximus. Altera, si remota omni fraude adversarii fiscus aut respublica rem salvam aliter habere non potest, quam negocium restituendo. Id autem ita fit, si aut is, qui negocium publicum prius egit, non potuit copiam habere eorum instrumentorum, de quibus agitur: et omnino, si in eo, quod victus est, neque appellavit, omni culpa careat, aut non sit solvendo. Nam curator Reipublicæ, ut ii, qui privata negocia administrant, culpam præstat: qua remota, non tenentur. Sed etsi quid Reipub. culpæ nomine teneri cœperit; tamen si non sit solvendo, Reipub. actio est inanis, ut perinde sit quasi illa actionem non habeat, *L. nam is, supr. de dolo,* ut utroque modo Respublica adversus curatorem rem servare nun non possit. Hoc casu novis instrumentis postea repertis recte Respublica de eadem re eum debitore aget. Satius est enim rem perire privato, quam Reipub. præsertim, cum constet debitorem Reipub. injuria esse absolutum, aut Rempublicam alio agente esse damnatam. Quod si in † curatore Rei- 6
pub. culpa est, quod Respub. victa sit, aut quia non appellavit, et is solvendo est, potius is conveniri debet, quam res judicata rescindi. Hæc sententia eum recipienda est propter auctoritatem rerum judicatarum, argument. *L. servo, §. cum prætor, supr. ad Trebell.* tum recte defenditur exemplo minorum: qui ut Respub. in omnibus negociis, quæ propter tutores, aut curatores gesta sunt, læsi in integrum restitui possunt adver. us eos, quibuscum negotium gestum est, *L. etiam, C. si tut. vel curat.* At excipitur res adversus minorem judicata: de qua placet, quandiu is rem a tutore servare potest, tandiu eum negocium retractare non posse, nec impetrare restitutionem, *L. properandum, §. ultim. C. de judic.* Huc accedit, quod nihil ex solemnibus juris, nisi ubi evidens æquitas poscat, facile immutandum est, *L. etsi, infr. de reg. jur.* Solemne et publicum, atque usitatum jus est, sententias rescindi non posse, nec debere, Tit. *C. sent. resc. non. L. servo cum, §. prætor, supr. ad Treb.* Porro nulla evidens suadet, licere Reipub. res judicatas rescindere, quandiu res illi alia via salva esse potest. Tandiu

(5) Quod de omnibus rebus publ: municipiorum, universitatibus et collegiis licitis accipit Mynsing. 4. *Obs.* 60. *n.* 7. Ubi *n.* 10. in hisce caussis etiam testes novos post sententiam recte produci statuit.

(6) Coras. *SC. Tolos. Cap.* 27. Mynsig. *dict. Obs.* 60. *n.* 9. Beust. *in L. admonendi n.* 71. Fachin. *1. contr.* 53. Enimvero, ut hoc jus ad pupillos et minores potrahatur nulla ratio urget. Satis enim hi per se restitutionis in integrum remedio communi muniti. Sane et sententiam contra matrimonium latam non latam non transire in rem judicatam tritissimum est, per *C. lator.* 7. *extra h. t. et simil.* Et illa igitur quibuscunque postea probationibus errore detecta retractabitur. Quo de vid. Gail. 1. *Obs.* 112. Pacia. *Cons.* 136. *et seqq.* Contard. in *L. diffamari Cap.* 3. *n.* 181. *et seq.* Quæ tamen transit in judicatum quoad instantiam. Vid. Bender. *de Revisione Concl.* 25. *n.* 61. *et n.* 65. Pari modo rescindentur aliæ sententiæ, quas judicati vires non sortiri receptum est, de quibus Maranta *P.* 6. *h. t. de sentent. n.* 130. et seqq.

;7 igitur non retractabit. Existimaverit † tamen aliquis, argum. *L. unica, C. de sent. adver. fisc. lat. Lib.* 10. sine exceptione rem adversus fiscum judicatam retractari posse. Nam in ea hæc verba sunt, *Caussas, in quibus contra fiscum judicatum est intra triennium retractari posse, et post id tempus, si prævaricatio arguatur, vel manifesta fraus probetur, notum est.* Sic aperte ad retractationem nihil exceptum est, dum intra triennium res revocetur. Sed observandum est, constitutionem hanc de tempore scriptam esse, intra quod res adversus fiscum judicata retractari possit: non potest; nisi intra tempora superiori constitutione præstituta. Sed prima quæstio est, an possit retractari. Dicemus non posse, nisi ex sententia ejus constitutionis, quam nunc interpretamur, et recte priores leges ad posteriores trahuntur, et posteriores ad priores, nisi sint contrariæ, *L. non est novum, infr. et 2. seqq. de legib.*

A. L. *Pomponius.* 36.

Paulus *Libro XVII. ad edictum.*

Pomponius libro XXXVII. ad edictum scribit, si uni ex pluribus judicibus de liberali caussa cognoscenti, de re non liqueat: cæteri autem consentiant: si is juraverit sibi non liquere: eo quiescente, cæteros, qui consentiunt, sententiam proferre: quia et si dissentirent, sententia plurium obtineret.

Ad L. *Tunc autem.* 37.

Marcellus *Lib. III. Digestorum.*

Tunc autem universi judices intelliguntur judicare, cum omnes adsunt.

Ad L. *Inter pares.* 38.

Paulus *Libro XVII. ad Edictum.*

Inter pares numero judices, si dissonæ sententiæ proferantur: in liberalibus quidem caussis (secundum quod a divo Pio statutum est) pro libertate constitutum, obtinet: in aliis autem caussis pro reo: quod et in publicis judiciis obtinere oportet.

Si in diversis summis condemnant judices: minimam spectandam esse, Iulianus scribit.

Ad L. *Duo.* 39.

Celsus *libro III. Digestorum.*

Duo ex tribus judicibus uno absente judicare non possunt: quippe omnes judicare jussi sunt. Sed si adsit, et contra sentiant: statur duorum sententiæ. Quid enim minus verum est omnes judicasse.

S U M M A R I A.

1. *Si duo judices dati sunt, oportet ut eorum sententia rei judicatæ vim habeat ambos judicare, et eandem ferre sententiam.*
2. *Tribus aut pluribus judicibus datis, nullius momenti est sententia quam duo vel plures dixerint, uno absente, et quare.*
3. *Attamen duo ex tribus recte sententiam proferunt ubi conveniant, uno ex tribus præsente et quiescente.*
4. *Quomodo interpungenda sunt verba illa,* Quid enim minus verum est; omnes judicasse?
5. *Cum sunt dispares numero judices, et hi diversas ferunt sententias, plurium sententiæ stari, et quare.*
6. *Inter pares numero judices si diversæ ferantur sententiæ, vel ea sequenda quæ stat pro caussa favorabili, vel alias quæ favet reo, potior.*
7. *Si de pecunia numerata agitur, et alius in aliam summam condemnet judex minor summa sequenda est, et quare.*

Si unus tantum judex est, etiam rei ab eo judicatæ standum est, *L. ait, prætor, sup. eod.* Multo igitur magis, cum plures datis sint judices, omnium sententiæ valebunt, si modo et omnes judicaverint, et eadem sententiam tulerint. Sed fieri potest, ut pluribus judicibus datis, aut non omnes judicent: et si judicant, diversas inter se sententias ferant. Quod cum accidit, quæritur, an eorum sententiæ valeant nihilo minus, an vero nihil plus agatur, quam si nemo judicasset.
1 Hac de re ita † statui debet ex fragmentis sequentibus et superioribus quibusdam. Si duo tantum judices dati sunt, oportet ambos judicare et eandem sententiam ferre, si eorum sententias valere volumus. Sive enim unus non judicet, nihil plane agitur: sive uno judicante alter dissentiat, utriusque sententia in pendenti est, donec competens judex alteram confirmaverit, hæc ex *L. duo sup.* Bene: quia omnes judicare jussi sint. Non ubicunque pluribus res aliqua gerenda permittitur, necesse est omnes adesse in re gerenda: quia non hoc illis mandatur, ut omnes adsint. Et ideo quamvis decurionibus res civitatis gerenda committitur: ratum est tamen, quod major pars decurionum aliis absentibus decreverit, *L. nulli, et L. seq. supr. quod cujusque univers,* nam, non enim, ut dixi, omnes adesse
jubentur. Quod † si tres pluresve judices 2
dati erunt: hic nonnihil dissimile est. Illud quidem convenit, quod omnes judicare oportet, et ideo si duo ex tribus, idest, major pars, vel uno tantum absente sententiam dixerint: placet nihil agit hac ratione, quia omnes judicare jussi sunt, *L. duos, ex tribus, infr.* sed frustra, dixerit aliquis, tertii absentis sententiam requirimus, quia etiam si præsens dissentiret, nihil noceret; staretur enim plurium sententiæ. *L. Pomponius in fin.* Qui potest invito aliquo judicare, multo magis poterit absente et ignorante. Recte hoc diceretur, si ideo absentis præsentiam requireremus, ut ferret sententiam. Sive enim idem diceret, confirmaret cæterorum sententiam, sive aliud, nihil noceret, ut dictum est: Sed ideo eam requirimus, quia potuit, vel ipsius præsentia vel oratio trahere cæteros in ejus sententiam, quam ob caussam omnes adesse volumus, eaque ratio nominatim reddita est ab Ulpiano in *L. item si unus, §. ult. supr. de recept.* Hinc consequens esse videbatur, ut quamvis omnes judices tres præsentes sint: tamen duo frustra judicent tertio præsente
quidem, sed quiescente. Sed placuit † Pom- 3
ponii sententia, quæ refertur *L. Pomponius:*

Duos ex tribus recte sententiam proferre, uno quiescente, dum duo illi consentiant: non quod is, qui sententiam ferre non vult, non possit cogi sententiam ferre, si non nunc at certe postea ampliata caussa: quamvis juret sibi de re non liquere, ut scripsi in Commentariis de re judiciaria, cum de necessitate judicandi disserui ex *L. quia. L. quia de rei, supr. de judic.* Sed quia in hac specie, quæ nunc proponitur, nihil necesse est eum qui jurat de re sibi non liquere, cogi sententiam dicere: id enim valet ea ratio. quæ redditur in *L.* Pomponius; *quia etsi dissentiret,* inquit, *plurium sententia obtineret.* Significat enim non esse requirendam sententiam eam, quæ si feratur, nullam vim habet, eam, ut ante dixi, si eadem sit cum aliis, priores magis obtineant: sin alia, prioribus nihil noceat. Idem de conditione inutili scriptum est in *L. si quis ita scripserit, supr. de hered. instit.* Cum hoc demonstrare vellet, Jurisconsultus ejus conditionis eventum non esse expectandum. At enim supra dictum est, omnes judicare debere: quia et jussi sint ex *L. duo.* Neque nunc id mutamus. Sciendum est enim cum omnes adsunt, universos intelligi judicare, si modo duo consentiunt, *L. tunc autem sup.* At quomodo judicat, qui quiescit? Hoc ipso videtur confirmare sententiam, quod non contradicit. Quod si omnes judices sententiam dixerint, jam hic nihil ad rem pertinet, si dissentiant, valent eorum sententiæ nihilominus. Cujus rei ratio hæc redditur in *L. duo ex tribus,* quod jussi sunt omnes, non idem judicare, sed judicare simpliciter. Non autem minus verum est omnes judicasse, quamvis dissentiant. Hoc enim est, quod cum in eo loco Celsus dixisset, eum omnes judicant, quamvis nunc dissentiat, stari duorum sententiæ.
4 Hujus rei rationem reddens, subjicit † hæc verba: *Quid enim minus verum est omnes judicasse?* Et ideo hæc ita interpungenda, et afferenda sunt. Quid enim? minus verum est omnes judicasse? Supple, quia unus dissentiat: quasi diceret, non sane minus verum est. Unde colligitur, omnes officio recte functos, eoque plurium sententiam obtinere. Quoniam prius dixerat, omnes jussos esse judicare, sed nihil amplius, quam judicare. Hoc eo moneo, quia ea verba vulgo leguntur uno tenore, quid enim minus verum est omnes judicasse? quasi Celsus diceret, nihil minus verum esse, quam omnes judicasse, at hoc (1) ad initium responsi referunt, in quo dictum erat, duos ex tribus uno absente judicare non posse. Sed neque hoc series orationis patitur: neque facile illis concesserim, hanc orationem esse latinam: quid enim minus verum est omnes judicasse, pro; quid enim minus est omnes judicasse? Hoc constituto, omnibus judicibus judicantibus quamvis dissentientibus, valere quod agitur, sequitur, ut quærendum sit, si diversas sententias ferant, quorum sententia obtineat? Nam ut omnibus stetur, cum sint contrariæ, natura fieri non potest. Et de ea re † ita placuit, si in dispari numero judicum diversæ sententiæ sunt,(2) plurium sententiam obtinere. Pomponius *L. duo ex tribus. L. item si unus, §. pen. supr. de recept.* Cujus rei ratio supra exposita est. In quo illud notandum est, in pluribus judicibus datis sequi nos non personarum dignitatem et auctoritatem ad vim sententiæ, sed numerum duntaxat. Et merito id quidem: ne cui iniquum videatur, aut absurdum numerari, non expendi sententias. Auctoritatem enim sententiæ ex potestate judicis in sententia ferenda metiri oportet, potestatem autem judicis, non ex auctoritate et dignitate, aut prudentia personæ, sed ex voluntate ejus, qui eos dedit. Qui autem dedit, parem eis attribuit potestatem, pariterque omnium fidem appellavit, post quod omnes uno modo ejus litis judices esse voluit. Et sane rem ita geri, multo est melius et commodius. Nunquam enim conveniet, si semel † hoc certamen inter judices introduxerimus, ut quæratur, quis alio melior, aut præstantior sit: 5

(1) Duar. *ad d. L.* 39. Quid si unus judicium datorum decesserit. Vid. Duar. *ibid. et* Forner. 1. *select.* 7.

(2) Ita Duar. *ad d. L.* 36. Anton. Fab. *C. suo Lib.* 1. *tit.* 7. *Defin.* 2. *n.* 3. Cujac. 12. *Obs.* 16. Necesse est, ait, minoris numeri voces, etiam si sint forsitan honore vel æquitate majores, cedere numera majoribus, parvaque ut Prudentius *Lib.* 1. *contr. Symmach.* silescere parte. Vid. et Afflict. *Decis.* 1. *et ibi additionatores.* Hinc et in collegiis ac corporibus obtinet, ut suffragiorum numerus vincat ac quod major pars effecit, pro eo habeatur ac si omnes egerint *L.* 19. *ad Munic.* Symmac. 4. *Epist.* 27. Facit, ait, Lex Curiæ nostræ, ut majores apud me numeri autistet auctoritas. Confer. Bodin. 3. *de Repub.* 4. *n.* 292. Marc. Velser. *Lib.* 5. *Rerum Augustan. pag.* 97. Simanca 7. *de Repub.* 12. *ac seq.* Fr. Juret. *not. ad Symmach.* 2. *epist.* 36. scite Langlæ. 7. *Semestr.* 10. *pag.* 393. *et Cap.* 12. In Gallia ex Lege Ludov. XII. laudata a Bodino *d. loc.* si plures dissonæ sententiæ pauciores judicia sua mutare et plurium placitis accedere tenentur.

quis alio melius et æquius judicaverit: ubi omnes parem sibi fidem, cognitionem caussæ, æquitatem arrogabunt: et quo quisque est imprudentior, et indoctior, eo plura audacius sibi arroget, et alii detrahat. Nisi forte expectamus, ut de ea re judicet, qui eos dedit. Sed satius erat multo, præsidem aut principem ipsum, qui judices dedit, cognoscere: neque si a præside id cognosci possit, id ei concedi expedit. Alioqui multa bene judicata a pluribus per hanc speciem a præsidibus subvertentur, et ut scriptum est in *L. eum quem in fin. infr. de judic.* aperte hæc res materiam gratiæ vel ambitionis præsidibus tribuit, eoque periculi plena, proinde nec in Rempub. admittenda. Quod
6 si in † pari numero judicum dissonæ (3) sententiæ proferantur, ea dicuntur in *L. inter* ex quibus colligitur eam obtinere sententiam, quæ est humanior. Ex hac regula hæc (4) distinctio est, ut si caussa de qua agitur sit favorabilis, ea sententia servanda sit, quæ facit pro ea caussa, ut si agatur de libertate; si caussa nullum mereatur favorem, tum id (5) obtineat, quod pro reo constitutum est. Semper enim in pari caussa humanius est favere liberationi, unde favorabiliores rei, quam actores, *L. Arrianus. infr. de oblig. et act. L. favorabiliores. infr. de reg. jur.* De libertate solum, in *d. L. inter*, mentio est. Sed ita ut id quod de ea dicitur, ad omnes caussas favorabiliores similiter pertineat. Et ideo si pars judicantium pro testamento pronunciaverit, pars contra testamentum: placet id esse servandum, quod pro testamento est, quia hoc humanius, *L. vel negare mur. test quem op. L. 1. Cod. de sacr. Eccl.* Ergo et in dote idem recte dixeris. Arg. *L. in ambiguis in pr. infr. de reg. jur.* Sed hæc distinctio in cæteris caussis omnibus iilis est recepta. Cum † de pecunia 7
numerata agitur, in hac, cum pars judicat decem deberi, pars quindecim, pars viginti, minimam summam visum est sequendam esse, vel si agatur de dote, maxime favorabili, dict. *L. inter. in fin.* Ratio addita est in *L. diem proferre, §. si plures, supr. de recept.* Quod omnes minimam summam saltem conferunt, quoniam qui dixit viginti, ipse etiam dixit decem in minori, *L. 1. de verb. oblig.* De hoc jure est insigne exemplum, et de re luculenta disputatio apud Plinium *Lib. 8. ex epistola ad Aristonem*, cujus initium est: *cum scis.*

(3) De hac materia alio tempore exactius. Consule præter antea citatos Cujac. 10. *Obs.* 20. *et* 12. *Obs.* 16. *ac* 17. *Pauli ad edict. in d. L.* 38. P. Fab. *ad L.* 125. *de R. I.* Anton. Fab. *Cod. suo Lib.* 1. *tit.* 7. *de Senatorib. Def.* 2. *et* 3. Alb. Gentil. 2. *Lect.* 4. Gomez. *in L. Tauri* 38. Vaul. *de Nullit. ex defect. Jurisd. n.* 175. *usque ad fin.* Maynard. *Lib.* 4. *Decis. Tolos.* 80. Alex. Raudens. *Decis. Pisana* 12. Vinc. de Franch. *Decis.* 252. Tessaur. *Decis.* 1. Quid si Prudentes Juris, (ut in collegis juridicis) consulti dissentiat? Vid. Pax Scala *Lib.* 3. *de Consil. Sapientis C.* 26. Quid si periti in arte pari vel impari numero discrepent. Vid. Pacian. 1. *de Probat.* 47. *n.* 158. *et seq.* Confer. Matthæ. de Afflict. *Decis.* 1. *Caccheran. in Præm. Decis. n.* 11. ubi quo ordine vota a Senatoribus colligenda. Expedire autem censent a junioribus initium sumi; contra quam Alex. 4. *genial. dier.* 11. pro quo faciunt. *L.* 5. §. 1. *de albo scrib.* et ea quæ Tiraq. *de Jure primigen. præfat. n.* 112. *et n. seqq.* Sed vid. omnino Langlæ. 7. *Semestr.* 7. ubi scite ostendit ordinem illum quo postremi dicunt novissime recepti, ne liberæ, ut decet, sententiæ ferantur, efficere: cum quasi pudori sit juniores senioribus contradicere, aut iisdem prudentiores videri velle. Per saturam autem exquiri sententiæ dicabatur, cum nullo ordine, confuse et perturbate. Sallust. *Jugurtha C.* 26 *ubi* Cyprian. Popma. *in Comm. et* Jo. Rivius *Lib.* 2. *castigat. in Sallust.* Isac. Casaubon. *L.* 2. *de Rom. Satira C.* 4. *pag.* 321. Scip. Gentil. 2. *Parerg.* 28. Quomodo Augustus in rogandis sententiis ordine solito insuper habito pro libitu easdem exquisivit, ut perinde quisque animum intenderet, ac si censendum magis, quam assentiendum esset, Sueton. *August. Cap.* 35. et Langlæ *d. loc.*

(4) Vid. Cujac. 10. *Obs.* 20. *et* 12. *Obs.* 16. ubi vult hoc in testamento ex reorum miseratione communi esse, cum quæ pars pro testamento, ea pro sit. Idem in pia caussa *Tiraq. priv. piæ caussæ* 147. Idem quoque in caussa fisci statuit Duar. *ad d. L.* 38

(5) Quod et in Amphyctionum totius Græciæ consessu et Areopago Atheniensium observatum. Vid. Jacb. Steph. *Lib.* 2. de *Iurisd. Iudæ. Græc. etc.* 6. *n.* 33. *et Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 20. *p.* 448.

Ad L. *Commodis*. 40.

Papinianus *Libro X. Respon.*

Commodis præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, et eam pecuniam jure pignoris in caussam judicati capi.

S U M M A R I A.

1. *De Athletis, eorumque muneri attributis honoribus et præmiis.*
2. *Spem illorum præmiorum pignori non potuisse obligari, et quare.*
3. *Ea tamen præmia quæ parta victoria essent quæsita victori, jure oppignerari, ideoque capi in caussam judicati.*
4. *Et quæ diversi juris ratio.*

1 Athletæ † fuerunt, qui in certaminibus sacris decertarant, *L. athletas, infr. de iis. qui notantur infam.* Horum ars atque opera non modo ab omni infamia remota: ut quibus virtutis ergo certamen susciperetur, de quo constant ex dicta *L. athletas.* Sed etiam in primis laudabilis, et Reipub. utilis veteribus habita est, ut quæ corpora optime exerceret, doceretque motus ad pugnandum cum hoste aptos, et in quo, qui vicissent, reliquorum omnium qui spectarent, ad simile aliquid audendum in hostem virtutem commoverent: Quod tum magis accidere necesse fuit, si eam caussam in honore et pretio esse, homines intelligerent: quod ex præmiis, et arti propositis existimare licuit. Ob hanc caussam iis, quin et aliis vicissim magni honores constituti sunt. Nam et corona sacra donabantur, et propter coronam, idest, victoriam, cujus judicium erat corona, constituta his erant præmia, idest, salaria, quæ de publico penderentur. De coronis sacris, itemque præmiis, quæ propter has præstabantur, mentio est hoc loco, et *L. spem, C. quæ res pig. obl. poss. et* apud Sueton. *in Nerone, C.* 23. *et* 24. Res eo processit, ut qui ter vicissent, hi juberentur constitutionibus immunes esse ab omnibus muneribus publicis, *L. unica, C. de athelet lib.* 10. Sed præcipuum in his † studium bene certandi ad Reipubl. utilitatem pertinere ea re 2
a veteribus declaratum est, quod placuit spem eorum præmiorum de quibus dixi, pignori obligari non posse *d. L. spem.* Intelligebant enim si id facere liceret, animum et alacritatem ab bene certandum remitti oportere, adempta spe præmiorum, quæ vincenti proposita erant. Hæc autem obligata futura sunt in creditoris, non victoris potestate. Ea res attulit hanc dubitationem, an † 3
ea (1) commoda, quæ jam parta victoria quæsita essent victori, pignori obligari pos-

(1) Stipendia vero militum in caussam judicati capi nequeunt, quoties in aliis exsecutio fieri potest, *L. stipendia* 4. *Cod. de exsec. rei jud.* quia milites favorabiliores athletis, Duar. *ad d. L.* 40. Item reditus Sacerdotii vel beneficii ecclesiastici, argum. *Cap. pervenit.* 2. *de fidei.* Duar. *ibid.* Parlad. *supr. d.* §. 3. *n.* 19. (ubi excipit *n.* 20. nisi ultro hæ res ad exsecutionem in cautione debiti adsignatæ) Vid. Coler. *Part.* 2. *Cap.* 3. *n.* 127. *et seqq.* Cum primis vero capi ita omnino nequeunt ab exsecutoribus servi aratores boves item aratorii, et instrumenta rei rusticæ. Qua de re scite Choppin *de Privileg. Rustic. Lib.* 1 *Parte* 1. *Cap.* 7. Menoch. *Arb. Casu* 378. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de exsecut. Resol.* Horat.. Carp. *Statut. Mediolan. Cap.* 251. Marc. de Mantua. *Sing.* 497. Parlad. *d.* §. 3. *n.* 16. *et seq.* Asin. *Praxi* §. 3. *Lim.* 33. (qui *Limit.* 37. idem statuit in jumentis ad molendinum destinatis.) Unde eadem nec jure arrestari posse; licet usu sæpe, ast perverso contra servetur, scribit Petr. Peck. *de Iure sistendi Cap.* 5. *n* 16. Ne quidem in subsidium, aliis bonis deficientibus, ut Menoch. et Trentacinq. *dd. loc.* Adeo ut et *hic de Res.* 2. *n.* 4. nec conventionem expressam debitoris rustici contra valere doceat, cum hoc jus publicæ utilitatis caussa inductum sit, ne agricolatio turbetur. *Choppin.* vero *d. C.* 7 *in fin.* distinguit. Si rusticus una dominus fundi, instrumenta hæc venire non posse, seu pignora, nisi cum fundo; Sin proprietas alterius, posse, ne eludatur cre-

sent: aut quod ejusdem rationis est, horum nomen in caussam judicati capi, si athleta esset condemnatus, ut cætera nomina condemnati in eam caussam capere licet, de quo dictum est in *L. a Divo*, §. *sic quoque*. Et
4 placuit † hoc loco posse, non injuria. Non enim est eadem præmiorum jam patrorum, quæ futurorum ad Reipubl. utilitem conditio. Præmiis enim præteritæ victoriæ amissis aut quiescentibus: non ideo animus ad novam victoriam adipiscendam relaxatur: quoniam novæ victoriæ sua sint præmia constituta: quibus studium augeri etiam oportet ei, cui præterita adempta sunt. At spe futurorum amissa, non multum de victoria erit solicitus is, qui sciat se parta victoria nihil esse habiturum, quod creditores non auferant. Hoc autem contra mentem præmia constituentium, et adeo contra Reipublicæ utilitatem. Idem de omnibus præmiis, quæ in publicis et honestis certaminibus et ad ornamentum civitatis pertinentibus futuræ aut præteritæ victoriæ proposita sunt, recte dixeris.

ditor. Sed et alii artifici artis suæ instrumenta non auferri debere docent Maranta *Speculi P.*6. *Act. ult. h. tit. n.* 29. Parlad. *d. loc. n.* 19. Maxime vero libri Studiosorum, Doctorum, Advocatorum, Sacerdotum (arma eorundem. Vid. Gœd. *ad L.* 41. *de V. S. n.* 6.) exsecutioni non subjacent, Vid. Rebuff. *Priv. schol.* 83. *et* 113. Hor. Luc. *Privil. Schol.* 32. Coler. *P.* 2. *Cap.* 3. *n.* 126. et *seqq.* Parlad. *d.* §. 3. *n.* 22. Asin. *Praxi* §. 31. *Limit.* 36. Jac. Schult. *Q. pract.* 47. *n.* 32. *et seqq.* Qui tamen aliis bonis nullis suppetentibus immunes hodie non sunt, Coler. *d. loc. n.* 138. Schult. *d. loc.* Sig. Scacc. 1. *de Jud.* 96. *n.* 43. etsi contra statuat *Rebuff. dd. loc.*

Ad L. *Nesennius.* 41.

Paulus *lib. XIV. Quæstionum.*

Nesennius Apollinaris, Si te donaturum mihi, delegavero creditori meo: an in solidum conveniendus sis? Et si es insolidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? Et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito ejus dotem promiserit? Respondi: Nulla creditor exceptione submoveretur: licet is, qui ei delegatus est, poterit exceptione uti adversus eum, cujus nomine promisit. Cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat. Et sicut heres donatoris insolidum condemnatur, et ipse fidejussor, quem in donando adhibuit: ita et ei, cui non donavit, insolidum condemnatur.

SUMMARIA.

1. *Beneficio ut supra quam potest, conveniatur, solus utitur donator adversus donatariam, non adversus alium cui etiam donatari nomine promisit. Exempla.*
2. *Imo nec interesse, utrum huic alteri donatarius teneatur ex caussa onerosa an lucrativa, et hoc illustratur exemplo.*
3. *Illud vero interesse quibus verbis donator alteri permittat ut et adversus alium beneficio utatur, aut secus.*
4. *Extraneum qui marito dotem promisit pro muliere cui donare volebat, posse in solidum a marito conveniri.*
5. *Exponitur.* L. si extraneus. 33. in princ. D. de jur. dot. *ubi et Ulpianus cum Paulo conciliatur.*

Hoc responso interpretatur Paulus rescriptum Divi Pii, quod fuit de his, qui ex donatione sua conveniuntur. Fuit autem in hæc verba: *Qui ex donatione sua conveniuntur. in id quod facere possunt, condemnandi sunt, L.* si extraneus, *supr. de jur. dot. L. qui ex donatione, supr. de donation.* Ex hoc rescripto † Paulus in summa docet, et ad- 1

versus quos donator hoc beneficio uti possit, et in qua actione, et quandiu? Primo responso hoc dicit, ut hoc beneficio, ne supra quam facere potest, ex donationis causa conveniatur. Solus donator uti potest, non alius: quamvis in locum donatoris successerit. *L. etsi, et L. sequens. infr.* Sic utitur adversus donatariam dumtaxat, non adversus alium quenquam, quamvis ei nomine donatorii idem promiserit, ad quod significandum his exemplis utitur. Quidam tibi donaturus decem, ea suo nomine creditori tuo promisit ab eo creditore in solidum convenietur. Nec intererit, utrum is, cui donator promisit, solidum a donatario exigere potuerit, an non poterit. Utputa quidam uxori donaturus, marito nomine uxoris idem promisit, a marito in solidum convenietur: quamvis maritus si cum uxore eo nomine ageret, solum in id quod illa facere potest, condemnaret. Plus dicit †
2 Paulus, nihil interesse, utrum ei, cui donator promisit nomine donatarii, donatarius ipse obligatus fuerit ex caussa onerosa, an ex lucrativa ita, ut quamvis is creditor nihil omnino consequeretur: tamen nihil amitteret. Finge eum qui tibi donaturus erat, promisisse tuo nomine ei, cui tu idem donatum volebas, Donator ab hoc creditor in solidum condemnabitur, quod quanquam significat tantum Paulus hoc loco, non exprimit: tamen res ita habet, deque ea specie diserte scriptum est in *L. qui id quod. §. ult. supr. de donat.* Hæc omnia efficiuntur verbis illis constitutionis, *qui ex donatione sua conveniuntur.* Tunc solum convenitur donator ex donatione sua cum convenitur a donatario. idest, eo cui donatum voluit: alii autem cum nomine donatarii permittit, nihil donationis caussa promittit, sed solutionis. Ideo enim huic promittit, ut in hunc transferat, idest, ut solvat id, quod alii ex donatione debebat.

3 Videndum est tamen in hac specie † quibus verbis aliis promittendo donator utatur. Nam si certam summam, aut speciem donator promittit, locum habet id quod supra ximus. Quod si promiserit his verbis; Spondeo me tibi daturum, quod illi ex donationis caussa debeo: nihil amplius spondere secundo creditori intelligitur, quam id quod facere potest. quoniam revera et effectu hoc solum ex donationis caussa debuit, *L. si prior, sup. solut. matrim.* siquidem id solum vere debetur. quod ab invito exigi potest. *L. debitor, inf. de verb. sig.*

Cui similis est maritus.) De hac † specie 4
inter cæteras tres, quæ hoc loco proponuntur, laboratur, si extraneus aliquis donaturus mulieri, nomine ejus marito ejus promiserit: Paulus scripsit hoc loco, maritum solidum a promissore exigere posse. Contra
ut videtur, Ulpianus † in *L. si extraneus,* 5
supr. de jur. dot. scribit, maritum, si hunc extraneum promissorem convenerit. eum in id, quod facere potest, condemnaturum. Loquens enim de extraneo, qui dotem promisit, quo defecto facultatibus prius dixerat, imputari marito, cur eum non convenerit, subjicit hæc verba: *Si tamen donavit, utcunque parcendum marito, qui non præcipitaverit eum ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset condemnaverit.* Sed perspicuum (1) est, Ulpianum his verbis loqui de extraneo, qui donationis caussa promisit marito. quod uxori ejus debebat. Indicant hoc aperte verba sequentia: *Hoc enim*, inquit, *Divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos.* Sic extraneum a marito ex liberalitate conveniri aperte dicit, quod fieri non potest, nisi marito donatum voluit, *L. qui id, quod. §. ult. de donat.*

Quod ait, *si tamen donavit*: sic intelligere debemus, si donavit mulieri, non marito. Nam dotem promittere marito nomine uxoris videlicet, ut simul marito donet, fieri non potest. Nam si marito donaret, maneret apud eum, quod dedisset. Nunc autem eo dos promittitur, ut ea ad uxorem redeat, vel ejus heredes. Itaque haud dubie eadem species apud Ulpianum proponitur, quæ hoc loco apud Paulum. Id quanquam ita esse fateor; tamen in ratione, quæ ab Ulpiano continenter redditur in supra scriptis verbis, speciem mutari aio, et reddi rationem de eo marito, cui extraneus, non jam alterius nomine, sed

(1) Convenit Cujac. 12. *Observ.* 17. et ad *L.* 28. *de R. F.* quod agi sane possit a marito in solidum, cum ipsi ex stipulatione non ex caussa lucrativa dos debeatur. ab uxore autem in id quod facere potest. Nec tamen mulier debet imputare viro, quod non urserit ad solutionem eum, quem si ipsa convenisset, non ultra id, quam quod facere posset, exigeret. Et ita Pac. 5. *Enant. Q.* 64. et 7. *Q.* 17. Aliter Perrenon. 1. *Animadv. et Var. Lect.* 1. Quod nimirum in *d. L.* 33. maritus nullum sibi negocium gesserit, nec dotem sibi stipulatus sit. At in *d. L.* 41. per stipulationem donatio in creditum translata sit et obligationem maritus suum gerendo negocium novaverit. Aliter Anton. Fab. 2. *Conj.* 13. accipiens *d. L.* 33. de eo, qui non uxori solum, sed et marito donare voluit, cum loquatur de promittente non ex necessitate sed voluntate, scilicet erga eum ipsum cui promisit.

nomine mariti donationis caussa promisisset et ea verba, *quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaret*, sic accipio: quemque donantem sibi, supple, si convenisset, in id, quod facere possel, condemnaret, quod ratio subjecta plane indicat. *Hoc enim*, inquit, *Divus Pius rescripsit, eos qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos.* Quærat igitur aliquis, quid hæc ratio, ad id, quod erat propositum, pertineat? Innuit Ulpianus: Si maritus eum qui sibi donasset, conveniens in id solum, quod facere posset, condemnaret: non debere queri mulierem, si cum, qui mulieri donatum voluit, maritus, ipsius mulieris nomine, hactenus solum convenit, ut præstaret, quod commode posset facere. Neque enim debet exigi a marito, ut plus præstet in exigenda dote, quam ipsa mulier, si dotem exigeret. Solidum ipsa non exigeret: quare ne hoc quidem a marito invito postulari debet, ut solidum exigat. Hoc enim est, quod Ulpianus paulo post ait: *Nequaquam enim judex propitiis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit non urserit ad solutionem.* Cur autem non audiet? quia nec ipsa mulier patrem urgere posset aut deberet, quod ipsa non præstaret, id in sua caussa ab alio ne exigat.

Ad §. *Fundum.*

Fundum quis donavit, si non restituat: ut quivis possessor damnandus est. Si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpserit, in solidum condemnandus est, potuit enim non periclitari si statim restituisset. Si dolo malo desiit possidere, in litem jurabitur: et tanti sequetur condemnatio.

SUMMARIA.

1. *Donatorem frui beneficio adversus donatarium, si sola donationis caussa conveniatur.*
2. *Secus si idem actione in rem conveniatur a donatario et quare.* et n. 4.
3. *Donatorem isto nomine conventum teneri in solidum de re et fructibus præter illos quos bona fide consumsit.*
5. *Quare non idem quod in donatore, jus obtineat in marito.*

1 Quemadmodum donator † adversus donatarium solum utitur hoc beneficio, ne supra quam facere potest, conveniatur: sic utitur solum si ab eo conveniatur actione in personam ex promissione sua. Quod (a) si
2 conveniretur † ut possessor, idest, actione in rem, ut quivis possessor damnabitur. Finge donatorem fundum donasse, idest, tradidisse et tradendo fecisse accipientis: id enim, donare est, *L. 1. supr. de donation. L. senatus, §. donatio, supr. de donation. mort, caus.* veruntamen eum fundum aut mansisse penes donatorem aut donatoram ejus fundi possessio-
3 nem postea recepisse. Potest † fundus ab eo ut possessore vindicari: quod si fit, is ut dixi, tanquam quivis possessor damnabitur: proinde in solidum, sive rem habet, nec restituit, sive dolo malo desiit possidere. Nam hæc condemnatio est cæterorum possessorum, *L. qui restituere, infr. de rei judic.* Eademque de fructibus dolo malo non restitutis ratio est. Consumptos Paulus excipit: non quod donator, idemque possessor fundi alieni de fructibus consumptis non teneatur ullo modo in solidum: sed quod non teneatur semper, sed ut erit bonæ aut malæ fidei possessor. Fieri namque potest, ut donator eundem fundum sciens adhuc esse donatarii, possideat, idest mala fide. Fieri etiam potest, ut eum postea ab alio redemerit, quem dominum putavit; ita possideat bona fide. Illic fructus aliam consumptos restituere debet:

(a) Ita *d. §. L. 41.* exaudiunt Duar. *ibid.* Coras. *ad §. 38. Instit. de action. n. 2.* et Cujac. 8. *diff. Modestini ad L. 22. de donat.* Neque enim rei vindicatione, ut donator convenitur, neque donationis mentio fit in petitione, Duar. *d. loc.* Quomodo et. Padilla *in L. præses 6. C. de servit. n. 5.* donatorem non juvari hoc beneficio, si traditione donatio perfecta, ut nec si donator ab initio constituerit se possessorum nomine donatarii, Tiraq. *de Jure constit. possessori Parte 1. n. 30.*

hic non debet. **§. 2.** ***Institut. de offic. judic.*** 4 ***L. certum. C. de rei vind.*** Sed cur ita † placet in actione in rem, donatorem in solidum conveniri potius, quam in actione in personam? Verba rescripti id faciunt, quæ volunt hactenus conveniri, quatenus ferre potest, non donatorem, sed eum qui ex donatione convenitur. Nunc autem qui convenitur actione in rem, non quia donavit, convenitur, sed quia possidet: quia etsi non donasset, isto modo conveniretur: idque est, quod dicitur, possessionem in rem parere actionem adversario, ***L. unica. Cod. de ali. jud. mutand. causs. fac.*** Quæritur an † exemplo donatoris idem dicendum sit de marito, qui de 5 fundo dotali actione in rem conveniatur? (3) Nequaquam vero idem dicendum est. Nam hoc beneficium marito hoc ipso quod maritus est, tribuitur. Maritus autem ubique maritus est, quaeunque tandem actione conveniatur. Solum hoc spectandum est, utrum culpa sua fecerit, quo minus rem restitueret an dolo. Si culpa, hoc beneficium retineri: si dolo, contra. Nam supra dixi, nulli in delictis succurri, ***ad L. sunt qui, supra.***

(3) Et recte. Quod confirmat Harpr. *ad §. 37. I. de act. n.* 5. *et seqq. per L.* 53. *D. Sol. matr.* quæ hoc satis clare probat. Etsi DD. vulgo dissentiant *Zas. ad L.* 12. et 7. *seqq. Sol. matre. n.* 10. Unde Tiraq. *d. Parte* 1. *n.* 29. maritum qui dotem accipiendo in casum, quo illa restituenda est, se nomine uxoris possessorum constituit. hoc beneficio non frui docet. Plane si uxoris aliusve creditor talis ipse eadem paupertate, qua reus prematur, exceptio hæc non proderit, cum major tunc ratio sit suum repetentis, magisque debitorem quam creditorem agere conveniat, *Zas. d. loc. n.* 20. Padilla *ad d. L.* 6. *Cod. de servit. n.* 8. Harpr. *ad d.* §. 37. *n.* 8. *et* 9. Coler. *Part.* 2. *Cap.* 3. *n.* 120. Hart. Hartm. *Tit.* 18. *Observ.* 2. 22. Matth. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 13. *quæstionis* 4. *principalis.*

Ad §. *In solidum.* ult.

In solidum condemnandus donator actione judicati, nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio constitutionis.

SUMMARIA.

1. *Donator etsi condemnatus in solidum, actione judicati convenitur in quantum facere potest.*
2. *Contraria dissolvuntur.*
3. *Si tamen donator; actione judicati exceptionem facultatum non opposuerit, ut plures sentiunt.*
4. *Secus si opposuerit et ab judice fuerit injuria condemnatus in solidum.*
5. *Horum sententia ab auctore refellitur.*
6. §. Si quocunque. L. 8. D. de neg. gest. *exponitur.*

Hic docet, quandiu donatori beneficio superioris rescripti uti liceat, quod ad ceteros omnes, quibus idem beneficium præstatur, transferendum est. Ait rescriptum, eos qui ex donatione sua conveniuntur in id quod facere possunt, condemnandos: de con- 1 demnandis rescriptum loquitur. Fingamus † donatorem nihilominus in solidum esse condemnatum. Ait Paulus, *si cœperit conveniri in solidum actione judicati, tamen non teneri beneficio constitutionis.* Atqui superius rescriptum (nam et rescriptum constitutio est) jubet tantum, ne donator damnetur; non etiam ne in solidum damnatus judicati actione ad condemnatos pertinere, non verbis sed sententia. Hæc enim ratio est constitutionis ne donator ex liberalitate sua periclitetur, *L. re ex liberalitate, infr.* Nec † adversantur 2 huic sententiæ regulæ juris, quæ sunt de auctoritate rerum judicatarum: rebus scilicet judicatis standum esse (4) item post rem judicatam nullam exceptionem, ne peremptoriam quidem opponi posse *L.* 2. *C. sent. rescin. non posse.* Nam donator, et quisque

(4) Vid. supr. *Lib. Civil. Comment.* 22. *Cap.* 8. *n.* 10. *ibique. N.* 29. Fab. *ad L.* 28. *de R. I pag.* 165. *et seq.* Hartm. *d. Observ.* 2. *n.* 2. *et* 3. *A.* Fab. *C. suo de Exsec. rei jud. Defin.* 42.

est qui postulat, ne conveniatur ultra quam facere potest, contra sententiam nihil facit; sed confirmat potius: hac enim exceptione fatetur se solidum debere jure civili, et recte in solidum condemnatum; sed facultate utitur, quam ei lex tribuit, ne præstat supra quam potest. Hanc facultatem condemnatio non adimit, argum. *L. miles*, §. 1. *supr.* et quod dicitur peremptorias exceptiones post rem judicatam opponi non posse; de iis exceptionibus dictum est, ut convenit inter omnes, quæ impugnat sententiam. Nam quæ exceptio sententiam non infirmat, quo minus ea quandoque utamur sententia, quæ manet nihilominus non est impedimento, *L. tamen si non. supr. de senten. sen. Mac.* quanquam exceptionem hanc, non peremptoriam sed dilatoriam esse ostendi *supr. ad L. inter*, ubi tractavi quid sit conveniri in id, quod facere possis. Sed hic ad rem, de qua agitur, nihil refert. Sed hoc
3 † (5) plerique ita accipiendum putant, si donator exceptionem de facultatibus non op-
4 posuerit in judicio. Quod si hac † usus erit, et judex nihiluminus hac contempta, reum in solidum condemnarit; non putant eum amplius eadem exceptione uti posse, quia sæpius eadem exceptio in judicium revocari non possit. *L. duobus, infr. de except. rei jud. L. si autem*, §. *si quocunque*, *supr. de neg. gest. L. quod in diem.* §. *ultim. supr. de*
5 *comp.* Quibus † reclamat *L. ex adverso*, §. *ult. supr. solut. matrim.* Quod enim illic scriptum est, marito in solidum condemnato hanc eandem exceptionem dari: quamvis judex ignorantia juris lapsus, eum in solidum condemnarit: aut vehementer fallor, aut nisi de de marito, qui apposita facultatum exceptione nihilominus a judice in solidum sit condemnatus, accipi non potest. Nam si maritus in judicio dotis omnem hanc exceptionem omisit, nihil facit injuria judex, si eum in solidum, quod petitur, condemnat. Faceret injuriam potius actori, si aliter pronunciaret, non enim potuit divinare judex, an vellet maritus in solidum conveniri quamvis solidum facere non posset, nec vero debuit quicquam tribuere non postulanti. præsertim ubi contra jus civile id fieret, *L.* 4: §. *hoc autem, supr. de domn. infect.* Non me movet, quod eadem exceptio in judicium revocari non potest. Nam cum donatur condemnatus hac defensione se tuetur adversus actionem judicati, quod dicat se facere non posse; non hic eadem exceptio est, sed nova. Nihil enim prohibet, quin minus eo tempore, quo condemnatus est solidum facere potuerit: ideoque recte sit in solidum condemnatus, unde post rem judicatam facere posse desierit: ut sit scilicet nova exceptio, quia nova est caussa excipiendi; uti nova est actio, cum nova est agendi caussa, *L. si rem meam*, *et seq. de except. rei judic.* Idem hoc modo constabit. Non potest † 6
eadem exceptio in judicium revocari; verum est, si exceptio in judicio opposita, post examinationem ejus exceptionis, a judice, quasi non sit vera, reprobata fuerit, ut declaratur in dict. *L. si autem*, §. *si quocunque*, *et dicta L. quod in diem*, §. 1. Itaque tenendum in specie proposita, si judex inquisierit in facultates mariti, et quasi solidum facere possit, sic eum in solidum condemnarit, non posse amplius maritum post rem judicatam, hac exceptione uti, quod dicat, se facere non posse. De eo enim jam judicatum est. Diversum est, si cum maritus in judicio hac exceptione usus esset, judex nulla habita ratione maritum in solidum condemnaverit. Quod de compensatione opposita, cujus rationem judex non habuit, diserte scriptum est in *L. quod in diem*, §. 1, *supr. de compens.* Id vero ad hoc genus exceptionis multo magis pertinet, ut quæ beneficio legis tribuntur, quod beneficium condemnatio non adimit, ut supra dixi, nisi exceptio in judicio examinata fuerit. De hoc autem genere scientiæ sentire Paulum in *L. ex adverso*, §. *ult. sol. matrim.* arguit; quod proponitur judex juris ignorantia lapsus maritum in solidum condemnasse. Juris ignorantia est, quod ejus exceptionis rationem habendam non putavit.

(5) Quam communem opinionem vocat Zas. *ad d. L.* 12. *et* 2. *seqq. D. Sol. matr. n.* 20. Sed a qua ipseque recedit, et recte. Confer. Charond. 1. *Verisim.* 18.

Ad L. *Paulus respondit, rescindere.* 42.

Idem *Libro III. Responsorum.*

Paulus respondit, rescindere quidem sententiam suam præcedentem prætorem non posse: reliqua autem, quæ ad consequentiam quidem jam statutorum pertinent, priori tamen sententiæ desunt, circa condemnandum reum, vel absolvendum, debere supplere, scilicet eodem die.

S U M M A R I A.

1. ***Judex sententiam a se dictam mutare aut rescindere non potest. et quare et n. 4.***
2. ***Etiam si eam perperam dixerit, et præsentem absolverit, aut innocentem damnarit.***
3. ***Et quod pro innocente damnato paratum remedium.***
5. ***Potest nihilominus prætor mutare sententiam si hæc jure non valuit.***
6. ***Aut adversus eum minor petit in integram restitutionem.***
7. ***An quidquam sententiæ suæ possit addere et quando et quomodo.***

Non continuo res judicatæ ratæ sunt, et licet judici sententiam suam rescindere. Inde quæsitum, an liceat. De eo hoc loco ex professo agitur; itaque et exactius de eo dicendum est, adiunctis quibusdam locis sequentibus, qui ad hunc locum pertinent.
1 Sic igitur statuatur, † neminem (1) neque judicem privatum, neque prætorem aut præsidem sententiam suam revocare, rescindere, mutare posse, ut hic traditur; et *L. Divi, infr. de pœn. L. 1. §. ult. infr. de quæst. L. 1. Cod. sent. resc. non posse.* Quid si
2 † perperam judicarit? Ne sic quidem sententiam corrigere et emendare poterit. *L. judex, L. cum quærebatur, infr.* et ideo eum præcipue ad vigorem disciplinæ publicæ pertineat in caussis criminalibus sontes pro meritis damnari, innocentes autem absolvi: tamen si judex deceptus sontem absolverit, innocentem condemnarit, quamvis et illud gravius deliquisse, et hunc aut de se mentitum, aut falsis testibus expressum esse, postea compererit, non eo magis pœnam augere, aut minuere poterit, aut eum, quem condemnaverat, absolvere. Atqui † innocentem pœna 3
affici, iniquum est. Imo nihil iniquius, idque natura et omnes leges vetant. Sed non ideo judex is, qui damnavit, sententiam suam mutare poterit. Quid igitur fiet? (2) Princeps adibitur. Is pœnam aut augebit, aut minuet, aut reum in totum absolvet, ut res postulare videbitur. Hæc ex *d. L. Divi*, *§. 1. infr. de pœna. L. 1. infr. de quæstion. L. acta, 45. §. de amplianda, infr. eod.* Hoc ne † temere constitutum videatur, 4
ratio ab Ulpiano reddita est, quæ exstat in *L. judex, infr.* quod judex postquam sententiam dixit, judex esse desierit, officio suo functus. Optime. Judicem enim oportet esse eum, qui sententiam mutat: sive quod mutando novam fert sententiam: sive quod ejus potestatis est, statuere aliquid, et constitutum tollere. Quare si is, qui semel sententiam dixit, amplius non est judex, confectum est, sententiam semel dictam deinceps eum mutare non posse.

Sed admonendi sumus de ea sententia loqui nos, quæ vera sit sententia: Ea est quæ

(1) Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 307. Pollet. 5. *Hist. fori* 16. Seneca. 7. *Contr. ult.* Judex quam tulit de reo tabellam, revocare non potest Apulei. 1. *Floridor.* Procons. tabella sententia est, quæ semel lecta neque augeri litera una neque minui potest. Et Cic 3. *verrina* criminatur Verrem quod sua decreta subinde mutaret. Vid. et Menoc. 1. *Arb. Q.* 67. Concenat. *Lib.* 1. *Q.* 1. *n* 23. *et n.* 52. *et Quæst.* 2. Mathesilan. *ad L.* 4. *C. Quom et quand. jud.* Bronch. 4. *Enant.* 19. Confer. Langlæ. 5. *Semestr.* 2. *et* 5.

(2) Princeps quando possit revocare sententiam quæ in rem judicatam transiit, vid. Gravetta *de Antiquit. temp. Part.* 1. *princ. n.* 53.

jure valet. Nam quæ non valet, ne sententia quidem dicenda est. *L.* 4. §. *condemnatum*,
5 *supr. eod.* Si quam † ergo ejusmodi tulit prætor, nihil prohibet, quo minus tanquam re integra de eadem caussa apud eundem prætorem agatur, et is re cognita, si faciendum videbitur, id (3) mutet. *L. in sententiis*, §. *ult. infr. L.* 1. *C. de sentent. L. si præses*, *C. quo. et quand. jud.* nec eum id faciet. periculum est, ne videatur sententiam suam rescindere, cum ea jure nulla fuerit. Nam ut opinione nostra sit sententia, nihil ad
6 rem pertinet. Eadem ratione recte † defendemus, quod placet, si prætor contra minorem viginti quinque annis judicarit, nihilominus minorem petere posse in integrum restitutionem ab eodem præture. *L. in caussa* 2. §. *ult. supr. de min.* Atqui in hac restitutione prætor sententiam suam priorem rescindit, et eam quidem, quæ mero jure valuerit. Ita est, quæ mero jure valuerit: sed non eam, quæ valuerit jure prætorio. Et hoc quidem jure non prius valet, quam constiterit tempora in integrum restitutionis condemnato exiisse. Nemo enim videtur re exclusus, quam prætor in integrum restituturum se pollicetur. *L. nemo, supr. de in integ. rest.* Quanquam dici potest, com prætor minorem in integrum restituit, non rescindere eum priorem sententiam suam, sed confirmare magis: eum hoc dicit, minor, ipsum quidem recte pronuntiavisse, sed ætatem suam et circumscriptionem adversari admittere in integrum restitutionem. *L. præfecti, supr. de minor.*

Non modo prætor sententiam suam mutare non potest: sed † nec eadem manente 7
sententia ei quicquam adiicere, ob eandem caussam, quod judex esse desierit. Sed excipit Paulus, si quod ad consequentiam jam statutorum pertineat, priori tamen sententiæ desit. Id vult Paulus, prætorem supplere posse, dum eodem die. Ad consequentiam enim, quæ jam statuta sunt, intelligunt pertinere quæ sunt eorum accessiones ejusmodi, ut illis positis hæc sequi oporteat, et judicem de his quoque pronuntiare. Ut si judex in actione in rem jussit fundum restitui: consequens est, ut eodem tempore et de fructibus quoque possessorem debeat condemnare. *L. ex divers.* 1. *supr. de rei vind.* Si quem condemnarit de re principali, ut eum quoque in sumptus litis condemnare debeat. *L. properandum*, §. *sin autem*, *C. de jud.* Hæc recte excepta sunt. Cum enim ista supplet judex, nihil novi statuit: sed quod vi et potestate prioris sententiæ continebatur, magis exprimit. Itaque revera ne hic quidem a superiore regula receditur: sed quod erat in ea obscuri, id hac actione explicatur: licet tamen supplere solum (4) eodem die, ut id fiat ex continente. Alioqui, quod post intervallum adiicitur, magis est ut pars ejusdem sententiæ esse non possit: ut de stipulatione duorum reorum responsum est in *L. si duobus, in pr. infr. de duob. reis.*

(3) Quod Mathesilan, *ad L.* 4. *C. Quom. et quand. jud. n.* 6. *et* 7. admittit in ordinario, nisi caussa nullitatis ex turpi facto judicis, ubi superior adeundus; non in delegato, nisi a principe vel ad universitatem caussarum. Anton. del Re *de Juram. cal. n.* 60. *et seq.* nec nullam sententiam corrigi aut erroris prætextu mutari. Nam quod actus nulli, ait, pro non factis, obtinet quoad præjudicium tertii, non quoad gerentis. Sed loquitur de casu, ubi nullitatis caussa culpæ judicis imputari potest. Tametsi Corset. *Sing.* 203. sententiam notorie injustam posse revocari etiam citra appellationem.

(4) Vulgo revocari quoque sententiam in continenti posse statuunt. Tiraq. *de Rer. lignag.* §. 1. *gl.* 5. *n.* 17. Jannin. *Lib.* 2. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 87. *et n.* 104. unde sententiam sub conditione resolutivam valere arguit Fachinæ. 11. *Contr.* 16.

Ad L. *Paulus*. 43.

Idem *Libro XVI. Responsorum*.

Paulus respondit, eos, qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex caussa judicati conveniri. Et si ex sententia adversus tres dicta Titius portionem sibi competentem exsolvit, ex persona cæterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse.

SUMMARIA.

1. *Duos pluresve una sententia in eandem summam damnatos teneri pro virilibus portionibus.*
2. *Licet hi damnati fuerint judicio tutelæ et quare.*
3. *Sed tamen unus tutor pro alio qui solvendo non est, potest veteri tutelæ actione conveniri.*
4. *Nisi de hoc in judicio actum fuerit, an isti solidum deberent, nec ne et* n. 2.

Pro portione virili) Hoc illud est, summa una aliqua pluribus simul testamento iniuncta, promissave simul a pluribus, cumeratione personarum in singulas personas divisa intelligitur. *L. cui fundus, sup. de cond. et demonst. L. reos*, §. 1. *sup. de duob. reis*. Hoc
1 idem † accipi sententia, cum duo, pluresve eadem sententia in unam summam sunt condemnati ejusdem rationis est. Quæ res facit, ut singuli pro virilibus portionibus teneantur, nec unus ex persona alterius possit conveniri: quod de condemnatis hic dicitur, et apertius in *L. si quis separatim*, §.
2 *quoties, infr. de appel*. Quid si † hi, qui ita condemnati sunt, solidum antea debuerint, ut plures tutores cum quibus actum erat judicio tutelæ? Idem dicendum est L. 1. *et* 2. *C. si plur. una sent. cond*. Nam cum de judicati actione quæritur, non quid alibi, sed quid judicato contineatur, spectare oportet. Sed isti conveniuntur in viriles partes judicati actione. Quid, † vetere actione tutelæ 3
an unus ex persona alterius, qui solvendo non est, conveniri potest, ut ante? Nihil prohibet, cur non possit. Non enim qui in partem condemnatus est, ideo in reliquam partem judicio tutelæ est absolutus. Sed hoc † 4
ita accipiendum est, nisi de hoc ipso actum sit, an isti solidum deberent, necne. Nam eandem quæstionem in judicio revocare non licet inter easdem personas, quamvis alia actione. *L.* 3. *inf. de rei exc. jud. L. in duobus*, §. *exceptio, sup. de jurejurando*.

Ad L. *Ex contractu.* 44.

Scævola *Libro V. Responsorum.*

Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore authore : et condemnata est : postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis : et ita bona defuncti ad substitutum, vel ad coheredes pervenerunt. Quæritur an hi ex caussa judicati teneantur? Rescripsit dandam in eos actionem judicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit.

SUMMARIA.

1. *Condemnata pupilla in judicio, quo tutore auctore conveniebatur, cœpisse eam judicati actione teneri.*
2. *Ex his verbis.* Et ita, *versic.* eod. h. L. *pupillum necessarium heredem, cum se abstinet, quasi nunquam fuisset heres, significari.*
3. *An hi ad quos bona defuncti postquam pupilla se abstinuit, pervenere, ex caussa rei adversus pupillam judicatæ teneantur; Quæstionis caussæ.*
4. *Affirmans sententia quæ IC. Scævolam habet auctorem, sæponitur et illustratur.*
5. *Exceptio.*

1 *Et condemnata est*) In quo hoc † notandum est, cœpisse pupillam teneri judicati actione. Nam etsi cum ipso tutore actum esset, et ille esset condemnatus : tamen judicati actio in pupillam daretur, non in tutorem. *L. 4. in pr. sup. L. 2. sup. de adm. tutor.* quanto magis, si ipsa suo nomine erit condemnata.

2 *Et ita bona defuncti*) His verbis, † *Et ita,* declarat Scævola, cum pupillus necessarius heres se abstinet, rem eo deduci, quasi heres nunquam fuisse intelligatur. Alioqui eo abstinente bona defuncti ad sequentes heredes non pervenerint : quandiu enim instituto locus est, tandiu neque substitutus admittitur, neque coheredes, neque qui ab intestato vocantur, *L. quandiu institutis. L. in plurium, sup. de acq. her. L. unica, §. his ita, C. de cad. toll.* Ut autem pro herede non sit, qui abstinet, præstatur necessariis heredibus jure prætorio. *L. pro herede, §. penult. sup. de acq. hered.*

Quæritur an hi ex caussa judicati tenean-
3 *tur ?*) Non temere hoc † quæritur. Anceps enim inprimis quæstio est. Ex una parte ratio facit, ut hi teneri debeant judicati actione. Nam cum pupillus se abstinet, omnia rata sunt, quæ cum eo tutore auctore gesta sunt : si modo gesta sunt bona fide. *L. quoties, inf. de acq. her.* Quapropter cum actum sit cum pupillo tutore auctore, et eo condemnato semel rata sit actio judicati : etiam post abstentionem ea manebit. Aut igitur ea teneri debet, aut hi saltem, ad quos bona pervenerunt. Ipsum non teneri constat, cum abstinuit, *L. Necessariis, sup de acq. her.* Teneantur igitur hi, ad quos bona redierunt. Ex altera parte occurrit ratio, cur isti teneri non debeant. Etenim si tenentur, aut condemnatos eos esse oportet, aut condemnato successisse, nam adversus alios judicati actio non datur. *L. 4. §. 1. L. miles, §. ult. sup.* Porro istos non esse condemnatus proponitur : atqui nec condemnatos successerunt. Succedunt enim patri pupillæ defunctæ, non pupillæ, nam de bonis patris agitur. Quare judicati actione teneri non possunt. Te-
neri † tamen respondet, inquit, *et dan-* 4
dam in eos judicati actionem. At quo jure, cum isti, ut dixi, nec condemnato successerint ? Imo hoc ipso successerunt condemnato, quod successerunt patri pupillæ, hic enim pater, subducta persona pupillæ, perinde habetur, quasi condemnatus esset. Idque ita efficitur. Cum enim pupilla condemnata est, remota pupillæ et alius heredis persona, siquidem aliquid agit condemnatio (ut eam ratam esse supra diximus) necesse est, hereditatem videri condemnatam : eamque judicati actione teneri. Dominus enim litis utique condemnatus est : alioqui inutilis esset condemnatio. Ubi autem alius dominus

non est, hereditas pro domino habetur. *L. hereditas, sup. de acq. rer. dom.* Hæc igitur remota pupillæ persona pro condemnata habenda est. Et sane si ea quæ a pupillo gesta sunt, rata habentur pro hereditate, scilicet ut inde actio acquiratur hereditati, quasi hereditas rem gessisset. *L. 5. sup. de condic. indeb.* merito hoc idem et adversus hereditatem valebit. Quod si in proposito hereditas condemnata est: necesse est etiam defunctum videri condemnatum; quoniam ipsa hereditas defuncti personam sustinet. *L. 1. hereditas, sup. de acq. rer. dom.* huic autem isti, de quibus agitur, successerunt. Successerunt igitur condemnato: ac proinde quod quærebatur, judicati actione tenebuntur, ut teneretur hereditas. Excipit † Scævola; 5 *Nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit.* Et recte: nam quæ a pupilla gesta sunt, rata habentur et post abstentionem: sed hac conditione et bona fide gesta sint. *d. L. quoties, sup. de acq. hered.* Non videntur autem tutores agere ex fide caussam pupillæ si eorum culpa, negligentiave pupilla condemnatur. Si puta, aut eam plane non defendunt, aut aliquid, quod ad defensionem ejus pertinebat, prætermittunt. Cujus generis multa proponuntur in persona fidejussoris non ex fide bona creditori respondentis, in *L. fidejussor, sup. mand.* Sic fit, ut quod culpa tutorum factum est, ratum non sit: eoque nec quenquam, abstinente pupilla teneat.

Ad L. *Acta.* 45.

Paulus *Libro* 1. *Sententiarum.*

Acta apud se habita, si partes consentiant, et judex hoc permiserit, potest jubere ea die circumduci: nisi vel negotium, vel lis terminata sit.

SUMMARIA.

1. *Judicem dicta sententia scripturas, eorum quæ judicio acta sunt, non posse circumducere.*
2. *Lite tamen nondum finita posse de partium consensu acta judicis jussu deleri, et quare judicis et litigantium consensus necessarius.*
3. *Acta judicii eandem die quo dicta est sententia circumduci debent, et quæ sit hujus rei utilitas.*
4. *Verba actorum licet emendare, dummodo sensus idem maneat.*

Si verum est. quod dicitur in *L. judex, sup.* Judicem, postcaquam sententiam dixit, 1 judicem esse desinere: consequens † est eum sententia dicta, neque sententiam, neque quicquam eorum, quæ ad judicium prius pertinent, mutare posse: nihilo magis quam potest privatus quivis, qui ejus rei judex non sit. Ob id nec acta judicii, idest, scripturas eorum, quæ judicio acta sunt, circumducere idest, delere potest, et hoc, postquam negotium terminatum est, ut hic Paulus definit. 2 Cæterum † re nondum judicata, idem statuit, posse judicem non jubere fieri, dummodo et ipse, et partes consentiant, et eadem die circumducantur. Quod judicio nondum finito id licet, non mirum. Tandiu enim judex est, cujus in potestate sunt ea, quæ ad judicium pertinent. Sed omnium consensus requiritur, et litigatorum, et judicis: quia omnium interest. acta non deleri, sed ea publice exstare. Litigatorum; ut si perperam judicatum sit, exstet in his publicum testimonium, caussam esse cur appelletur, quod testimonium aliunde sumere non possunt. Judicis: quia pertinet ad ejus existimationem, intelligi eum recte judicavisse: quod acta judicii declarabunt. Pertinet etiam ad rem ejus familiarem, ne postea ipse conveniatur, quasi male judicando litem suam fecerit. *L. ult. inf. de extr. cognit.* Eadem † autem die vult 3 ea circumduci posse: non quia postea ex omnium consensu cancellari non possint: sed quod si possint legi, non minus noceat litigatoribus, quam si cancellata non essent. Ut intelligere liceat ea quæ eadem die circumducta sunt, etsi quid turpe aut famosum gestum esse contineant, tamen ad infamiam non magis nocere, quam si id perscriptum non esset. Hæc ideo, quia quod eodem die circumductum est, perinde habendum est,

quasi perscriptum et testatum non esset, propter continentiam rei gestæ. Arg. *L. lecta*, 5. *si cert. pet.* Quod autem postea debetur, idest, ex intervallo, sic accipitur, quasi aliquando scriptum et testatum fuerit, postea deletum. Quod autem semel esse cœpit, tametsi deleamus, tamen fuisse ita aut ita, verum est. Sed hæc de actis ipsis dicta sunt. Cæterum † de verbis actorum si quæratur, 5
nihil prohibet actorum verba emendari: dum (1) sententia actorum eadem maneat. Idque est, quod sequitur in fragmento sequenti, scilicet res mutare utatur judex verba autem de re nihil mutant.

(1) Ubi verbum *sententiæ* non judicialem denotare, ut gl. et DD. sed sensum ac intentionem scribentis statuit Walther. 2. *Misc.* 23. De interpretatione ambiguorum verborum sententiæ vid. Concenat. *Lib.* 1. *Q.* 3. Quod ordinarius major possit sententiam interpretari, non minor judex, non delegatus, Wurmser. *Tit.* 22. *Observ.* 18.

Ad §. *De amplianda.*

Dixi ad L. Paulus 42.

Ad §. *Contra indefensos minores.* ult.

Vide L. de unoquoque inf.

Ad L. *Actorum.* 46.

Vide L. de acta, in fin. supr.

Ad L. *De unoquoque.* 47.

Paulus *Libro V. Sententiarum.*

De unoquoque negotio præsentibus omnibus, quos caussa contingit, judicari oportet, aliter enim judicatum tantum inter præsentes tenet. Qui apud fiscum caussam defendere sæpius conventi neglexerint rebus judicatis subjiciendi sunt: quod ex eo apparet si sæpe conventi præsentiam sui facere noluerint.

SUMMARIA.

1. *Sententiam ferri oportere præsentibus iis quorum interest.* et n. 5.
2. *Etiam si plene cognita caussa fuerit antea per judicem, et partes nihil se addere velle testantur.*
3. *An sit idonea aliqua hujus legis, seu responsi caussa; dubitandi ratio.*
4. *Caussa superioris responsi idonea explicatur.*

Ex his, quæ ad vim sententiæ pertinere diximus, *L.* 4. §. *condemnatum*, *supr.* est hoc unum, quod hoc loco † traditur, 1
ut judicetur (1) præsentibus omnibus, quos

(1) De citatione ad audiendum sententiam vid. Myns. 3. *Obs.* 71. Gail. 1. *Obs.* 109. Menoch. 2. *Præsumpt.* 74. Mathesil Sich. et Jo. Bapt. Suarzenthal. *ad tit. Cod. Quom. et quan. jud. sent. prof. deb. part. præsent. et* Graval. *ad pract. vestr. Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. B. et C. et Lib.* 7. *Cap. ult. lit. G.* Quodque nec Principis sententia una parte præsente teneat Duar. *ad L.* 47. *h. t.* nisi de plenitudine potestatis Alb. Galæot. *Marg. aurea Cap.*

caussa contingit. Aliter judicatum tantum inter præsentes tenere. Etsi, ut adessent litigatores, exigeretur caussa nondum plane cognita, ut ea melius per litigatores, cum apessent, cognosceretur, res non haberet du-
2 bitationem, quin recte exigeretur. Atqui † etsi judex penitus caussam cognoverit, et eum interrogasset litigatores, nunquid vellent addere, responderint illi nihil velle amplius, tamen quandocunque postea judex sententiam ferat, sic hoc loco Pauli sententia est, ut etiam tunc præsentibus litigatoribus judicari uporteat. Vult enim non cognosci præsentibus iis, quos caussa contingit, sed
3 judicari. Quæro igitur hoc † loco, quæ tandem afferri possit idonea caussa, quæ hoc, tam, ut videtur, non necessarium, ne dicam inutile, ad sententiam ferendam intervenire debere suadeat, ut nisi intervenerit, nihil agatur. Primum, nullum litigatoris damnum est, si eo absente judicatur: ubi res eo statu est, ut quamvis cupiat, tamen præsens nihil possit adjicere. Id vero etiam cum natura rei pugnare videtur, ut exigamus. De judicio agitur. Id totum est adversus invitos, nec tantum in invitum redditur, sed etiam invitis litigatoribus, cum opus est, recte judicatur. Damnamus et invitos, et reus etiam invito actore absolvitur. Ergo qui potest invitis litigatoribus judicare; is absentibus illis et ignorantibus non poterit? hoc vero jam nec ratio, nec regula juris pati videtur; qua efficitur, qui potest invitis aliquibus alienare, eum multo magis posse et ignorantibus et absentibus. *L. qui potest invitis, infr. de reg. jur.* Sed † quemadmodum, si nullum litigatoris absentis damnum est, eo absente de re judicari: fatendum est, frustra hoc exigi, ut ipsis præsentibus judicetur: ita contra, si ejus et Re p. interesse probatur, id fieri, quæstio tollitur. Plurimum vero omnibus temporibus litigatorum interest, eos præsentes esse, cum sententia profertur, etiamsi maxime judex jam ante plane caussam cognoverit. Primum possunt dicere, quod judicem moveat. Si nihil aliud: at certe eorum præsentia deterrere judicem potest, ne quid inique ipsis præsentibus statuat. Ea enim vis est conscientiæ, ut animus male sibi conscius, eos, quibus scit compertum esse quod agit, quasi id statim proditoros reformidet, eorumque conspectu et judiciis quasi tacito quodam verbere percellatur. Quid enim interest, cum de jure quæritur, natura quis præsens sit, an juris existimatione? Illud † notandum, quod dicitur, præsentibus iis, ad quos res pertinet, judicari oportere, tam pertinere ad eos, secundum quos judicatur, quam ad eos contra quos judicatur. Nam nec absenti sententia dici potest. *L. pen. § si quis absente, inf. prox. tit. L. furioso, sup. eod.* 4 5

24. *n.* 27. Et quod contumax in toto processu citandus ad sententiam, nisi fuerit citatus ad omnes actus et totam caussam usque ad sententiam inclusive, Lanc. Conrad. *de Off. Præt. in causs. civil. v. contumacia n.* 3. Quare cum in Camera citatio generalis recepta sit, Vid. *not. supr. Lib. Civil. Comment.* 23. *Cap.* 2. *N.* 2. hæc non requiritur Gail. *d. Obs.* 109. *n.* 3. Myns. *d. Obs.* 71. In Hispania partes ad hoc non citantur, sed facta conclusione caussæ potest ferri sententia, quandocunque verum tempus appellandi non currit, donec ea partibus intimetur. Sarmient. 2. *Select. interpret.* 14, *n.* 7.

Ad L. *Decreta.* 48.

Triphoninus *lib. II. Disputationum.*

Decreta a prætoribus latine interponi debent.

SUMMARIA.

1. *Decernere quid sit.*
2. *Conciliatur* L. judices 12. Cod de sent. h. L. decreta 48. D. eod. *et n.* 3.
3. *Sententias proferri oportere ea lingua quæ publice nota sit, sive græca, sive latina,* ibid.
4. *Stipulatio quavis lingua confici potest, dummodo verborum sensus intelligatur etiam per interpretem.*

1 Decernere est † quid statuere caussa cognita. Itaque prætor etiam cum judicat, vocernere dicitur: et sententia ejus decretum est. *L. 1. supr. quod quis jur. L. si*

prætor, in pr. supr. de judic. L. mulier.
2 supr. ad Trebell. Itaque † contraria jam videtur. L. judices, C. de sentent, in qua ita scriptum est, Judices tam Latina quam Græca lingua sententias proferre possunt. Sed commode hi loci conciliabuntur, si animadverterimus, eum quæritur, qua lingua sententia proferri possit, duas esse hic quæstiones. Unam, an oporteat linguam publice intelligi, alteram si pariter utraque lingua nota sit, græca et latina, an quicquam intersit, quo genere linguæ sententia proferatur, an
3 nihil. Hoc intellecto, † si de genere linguæ tantum quæritur: recte respondebitur, dum lingua nota sit in ea regione, qua sententia profertur, non esse in ullo discrimine habendum, utrum hac judex: an illa utatur. Verba enim significandarum voluntatum caussa inventa sunt: quæ si sine verbis intelligi possent, ne verbis quidem uteremur. §. si quis in nomine, Instit. de legitim. In hanc sententiam est L. judices, quæ de linguæ discrimine tantum statuit. Quod si præterea hoc quæritur, an eam linguam, qua sententia profertur, notam esse oporteat in eo loco, ubi profertur: semper hoc exigimus, ut nota sit; idque est, quod hic dicitur, decreta debere a prætoribus latine interponi. Meminisse enim oportet, prætores fuisse urbanos magistratus, qui Romæ tantum jus dicerent, L. 2. §. Divus deinde Augustus, supr. de orig. jur. Romæ autem fermo familiaris, et notus fuit Latinus. Latino igitur prætorem uti oportuit: non quia latinus esset, sed quia Romæ notus. Arg. L. 1. §. de quo. supr. de inst. act. quamvis id ad alia loca non facile quis transferat, in quibus propter vim et majestatem imperii jus latine dici potuit. Atque hic discrimen † inter 4
sententiam et stipulationem observandum est. Stipulatio enim quavis lingua confici potest, tantum ut intelligatur verborum sententia: sed satis est rem intelligi vel per interpretem, L. 1. §. ult. infr. de verb. oblig. At sententiam ea lingua proferri oportet, quæ publice sit nota etiam sine interprete, ut hic declaratur. Optima sane ratione utrumque; quippe stipulatio res privata est, geriturque inter privatos, qui si falluntur per interpretem: et privatum eorum damnum est tantum, et de se queri debent, quibus ita rem geri placuerit. At sententiam palam ab omnibus intelligi etiam sine interprete non solum litigatorum interest in eo, ne decipiantur, ubi nolint rem decidi ista lingua, et cupide sententiam corrigi: sed etiam ut judices vel ab initio pudeat inepte aut perperam aliquid judicare tam multis adhibitis testibus, quam multi sententiam audituri aut lecturi sunt. Pertinet hoc etiam ad auctoritatem publicam rerum judicatarum nihil obscure geri in judiciis, sed omnia palam et aperte. Solent enim nobis esse suspecta, quæ vel celantur, vel non intelliguntur.

Ad L. *Et exheredatum* 49. et seqq.

Vide L. sunt, qui supr.

Ad L. *Si quis dolo.* 51.

SUMMARIUM.

1. *Dolo quis facere videtur ut veneant sua bona.*

1 Dolo † videtur facere, ut bona sua veneant, qui subornat aliquos, qui mentiantur sibi ab eo deberi: ipse autem se ab his vinci et condemnari patitur: qui deinde actione judicati consequuntur, ut pignora capiantur et distrahantur.

Ad §. *Si quis.* 1.

Si quis creditorem missum in possessionem rei servandæ caussa, non admiserit, et venditor præstiterit creditori, quanti ejus interfuerit, quæsitum est, an debitor liberetur. Et puto improbum eum esse, qui velit iterum consequi quod accepit.

SUMMARIA.

1. §. Si quis, *accommodatum esse ad interpretationem edicti*, ne vis fiat ei, qui etc.
2. *Species hujus §. quæ sit.*
3. *An creditor qui ex venditione bonorum per apparitores facta debitum consecutus est, rursus agere possit actione in factum ea de re adversus debitorem.* et n. 2.

1 Locus est † adcommodatus ad interpre-
tationem Edicti. *Ne vis fiat ei, qui in pos-
sessionem missus est.* Species tantum facti boc
2 loco quæratur idooea. Mihi videtur † esse
hæc. Sciendum cst, si debitor absit, neque
defendatur, creditores postulare posse ex edi-
clo, ot mittantur in possessiunem bonorum
debitoris rel servandæ caussa. *L.* 1. *et* 2.
infr. quib. ex causs. in poss. eat. Eos, qui
missl sunt, ita tuetur prætor, qui eos in
possessionem ire jussit, ut si forte admissi
non siot, actio detur in factum iu id, quod
creditoris iuterest, se admlssom esse. *L.* 1.
supr. na vis fiat ei. Igitur acridit, ut credi-
tor in bonorum possessionem debitoris mis-
sus a debitore non admitteretur; deinde bona
debitoris vei ab eodem creditore, vel ab aliis
creditoribus distrahantur per apparitores ma-
gistratus; bi sunt horum bouorum vendito-
res. Apparitor bouis venditis solvit et eredi-
tori, qoi admissus uon erat, quautum ei ex
caussa mutui (finge euim eum ex hac caussa
3 credidisse) debebatur. Idem † postea nihilo-
minus, cum debitore agit actione iu factum ex ea caussa, quod io possessiupem prius admissus non fuerit. Id prima ratioue jure facere videtur; quod enim prius consecutus est a venditore bonorum, ex caossa mutui consecotus est ; nunc ex alia caussa agit, et alia actioue experitur, ut jam nihil videatur alii obstare, quomious recte agat. Ait Panlus improbum esse eum, qui velit iterum cousequi, quod accepit. In banc sententiam recepta est regula juris, quæ ita habet. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona, infr. de reg. jur.* Nec quicquam mutat, quod in hac specie creditor alia actione utitur, et ex alia caussa. Nam iu utraque et caussa et actione eadem res vertitur, nempe quod creditoris interest, quod creditor semel consecutus, iterum consequi non potest, quamvis alia altione. Inde traditur, quoties duæ actiones de eadem re competunt, una perempta alteram consumi. *L. sed actione. supr. pro soc. L. qui servum, §. si is cui, infr. de obl. et act.*

Ad L. *Si rerum*. 52.

Vide L. sunt qui, supr.

Ad L. *Contumacia*. 53.

Hermogenianus *lib. I. juris epitomarum*.

Contumacia eorum qui jus dicenti non obtemperant, litis damno coercetur. Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus (quod vulgo peremptorium appellatur) literis evocatus præsentiam sui facere contemnit. Pœnam contumacis non patitur, quem adversa valetudo, vel majoris caussæ occupatio defendit. Contumaces non videntur, nisi qui cum obedire deberent, non obsequuntur, idest, qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent.

S U M M A R I A.

1. *Absentem per contumaciam litis damno cœrceri.*
2. *Item pœnali judicio.*
3. *Et vel utroque vel alterutro, prout judici expedire videbitur.*
4. *Contumax qui dicatur.*
5. *Duo absentium genera non tamen contumacium, et qui sint tales.*

Sententia etiam adversus absentem lata, dum legitimis edictis evocatum, valet, ut supra dictum est ad *L. de unoquoque*, sed dissimili effectu. Nam si absens, qui condemnatus est, non per contumaciam abfuit, appellare potest: sin per contumaciam, non potest. *L. et post edictum*. §. *ult. sup. de judic.*
1 Hoc est † quod in *L. de unoquoque*. §. 1. dicitur, subjiciendos esse rebus judicatis, idest rei judicatæ sine ullo remedio parere cogendos esse, qui absentes legitime evocati adesse et caussam defendere noluerunt. Nam is contumax est, qui ita adesse noluit. Hoc idem est, quod aliis verbis expressit Hermogenianus hoc loco. *Contumacia*, inquit, *eorum, qui jus dicenti non obtemperant, litis damno cœrcetur*. litis damno: quia qui cum abesset per contumaciam, condemnatus est, litem amittit: ut qui rem judicatam rescindere non possit ne per appellationem quidem, remedium alioqui solemne, et usitatum. Sed hujus definitionis in promptu esse reprehensionem quis dixerit. Nam hujusmodi contumaciam, de qua loquitur Hermogenianus, cœrceri (1) scimus pœnali actione omnibus magistratibus constituta adversus eum, qui non obtemperavit, in id quanti ea res est, idest, quanti contemptus magistratus; de qua scriptum est in *L. un. supr. si quis jus dic. non obt.* Et præterea, si quis per contumaciam abest, in eoque jus dicenti non obtemperat, non continuo is litis damno afficitur. Non enim statim potest edictum peremptorium judex absentem condemnat: sed caussam cognoscit, et si reperit eum bonam caussam haberr, secundum eam judicat. *L. et post, supr. de judic.* At horum nihil huic definitioni adversatur. Cœrcetur † contumacia jus dicenti non 2
obtemperantis pœnali judicio: non ideo minus et litis damno cœrcetur. Cœrcetur † 3
utroque modo, prout scilicet jus dicenti videbitur; atque etiam utroque simul, si vi-

(1) Ita supr. *Lib. Civil. Comment.* 15. *Cap.* 24. *N.* 9. ubi Vid. *not.* Add. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 11. *n.* 10. Menoch. *retin. poss. Remed.* 1. *n.* 62. *et* 2. *seqq.* Et quod ita mulctari possi etiam parte non instante, Contar. *diffamari C.* 6. *n.* 72. Quomodo injurias sibi factas hic Magistratus ipse vindicet, nec tamen judex in caussa sua sit, vid. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 50. *n.* 45.

debitur. Et quod hic dicitur, contumaciam coerceri litis damno, sic intelligendum est, si judici videatur non obtemperantem coercere, non aliter. Neque enim litis damno coercetur ipso jure, sed sententia magistratus. Et in potestate est magistratus, cum damnare, si velit; cæterum, non habet necesse: de quo diserte scriptum est in *L. 1. C. quom. et quan. jud.* Hoc posito de contumacia, quod diximus, consequens fuit, ut quæreretur, qui sint contumaces; quod deinceps hoc capite et sequenti explicatur.

Præsentiam sui facere contemnit. Bene,
4 contemnit. Is ┼ contemnere dicitur, qui cum possit, et debeat vocanti parere, non paret.
5 Ex quo ┼ colligitur, duo esse genera eorum, qui quamvis legitimis edictis evocati scientes absint: tamen non sunt contumaces: quæ deinceps genera sequuntur. Unum est eorum, quia etiamsi vellent, adesse non possunt, ut qui valetudine impediuntur, vel vi majore, vel necessaria aliqua occupatione, qualis est eorum, qui Reip. caussa absunt, etiamsi habeant domi procuratores; aut qui sunt in vinculis, hostiumve potestate. Alterum genus eorum, qui ad jurisdictionem jubentis non pertinent: ut qui non sunt ex eodem territorio: si quid nemo facit contumacia, nisi dolo: nec quidquam dolo, qui suo jure utitur. *L. nullus, infr. de reg. jur.* Ex hoc genere posteriori est is, qui ad majus auditorium vocatus est; de quo in *L. seq. §. ult.*

Ad L. *Contra.* 54.

Paulus *lib.* 1. *Sententiarum.*

Contra pupillum indefensum, eumque, qui reipublicæ caussa obest vel minorem vigintiquinque annis propositum peremptorium nihil momenti habet. Is, qui ad majus auditorium vocatus est, si litem inchoatam deserit, contumax non videtur.

SUMMARIA.

1. *Auditorium quid sit.*
2. *Quo sensu hic accipiatur.*
3. *Eum qui ad majus auditorium vocatus priorem judicem deseruit, et licet vocatus non paruit, abesse ab omni contumacia.*
4. *Difficultas quæ ducitur ex* L. si quis postea 7. D. de judic. *removetur.*

1 Auditorium ┼ significat locum, in quo caussæ aguntur, et audiuntur, et jus redditur; qua significatione dictum est auditorium Æmilii Papiniani in *L. lecta, supr. si cert.*
2 *pet.* Per synecdochen (1) usurpatur ┼ hoc loco pro jurisdictionem et potestatæ, quæ in auditorio exercetur: ut intelligatur is vocatus esse ad majus auditorium, qui ad celsiorem dignitatis et potestatis gradum vocatus est: quam est ejus, apud quem prius litigabat.
3 *Qui* ┼ inquit, *ita vocatus est, si litem inchoatam deseruit, contumax non videtur.* Quod sic intelligendum est, quamvis ab eo postea vocetur, apud quem cœperat litigare. Et recte: desiitenim pertinere ad jurisdictionem jubentis: quoniam magistratus ne in parem quidem imperium, aut jurisdictionem habet, nedum in superiorem. *L. ille a quo, §. tempestivum, supr. ad Trebell. L. 4. supr. de recept. arb.* Atqui ┼ scribitur in *L. si quis postea,* 4 supr. de judic. *si quis posteaquam in judicium vocatus est, alterius fori esse cœperit, in ea caussa jus revocandi forum non habere, quasi præventum.* Et hoc recte dicitur de eo litigatore, qui forum tantum mutat, idest, qui ita unius fori et jurisdictionis esse desinit, ut alterius ejusdem modi esse incipiat, ut ab unius magistratus jurisdictione transeat in alterius paris judicis jurisdictionem. Non pertinet ad eos, qui subducuntur omni ejusmodi jurisdictione, qualem antea patiebantur. Denique qui nullus fori esse incipiunt talis, in quo is, apud quem lis inchoata erat, aut quivis alius per magistratus posset sede-

(1) Immo significatur Prætorium, seu curia Imperatoris ut *L.* 18. *de minor. L.* 40. *de reb. cred. L.* 224. *ad SC. Treb.* Gæd. *de contr. stip. Cap.* 8. *n.* 59. *Vid.* Vant. *de Nullit. ex def. Jurisd. n.* 162.

re, et de re cognoscere. Prius est enim, ut litigator subjiciatur alicui jurisdictioni, quam ut quisquam judex præter cæteros sibi in eum jurisdictionem vindicet.

Ad L. *Judex*. 55.

Dixi ad L. Paulus. 42. supr.

Ad L. *Post rem*. 56.

Idem *lib. XXVII. ad Edictum.*

Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quæritur post orationem divi Marci : quia in jure Confessi pro judicatis habentur.

Post rem judicatam nihil amplius quæri, id valet, quod apertius traditum est de re jurejurando decisa in *L. non est*, *§. dato*, *supr. de jurejur.* post rem judicatam nihil amplius quæri, quam an judicatum sit, omissa quæstione, an debeatur nec ne; quod nihil est, quam rebus jure judicatis standum esse; sententiam rescindi non posse, vel prætextu novorum instrumentorum; de quo satis dictum ad *L. præses*, *et L. divus*. *et L. Imperatores*, *supr. eod.*

Ad L. *Quidam*. 57.

Idem *Libro II. Disputationum*.

Quidam consulebant an valeret sententia a minore vigintiquinque annis judice data. Et æquissimum est, tueri sententiam ab eo dictam, nisi minor decem et octo annis sit. Certe si magistratum minor gerit, dicendum est, jurisdictionem ejus non improbari. Et si forte ex consensu judex minor datus sit, scientibus iis, qui in eum consentiebant: rectissime dicitur valere sententiam. Proinde si minor prætor, vel consul jus dixerit, sententiamve protulerit, valebit. Princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit.

SUMMARIA.

1. *An pubes minor, qui tamen decem et octo annis sit major, judex esse queat, ejusque valeat sententia.*
2. *Quæ sit I. C. Ulpiani distinctio*, et n. 3.
3. *Posterioris membri distinctionis exceptio duplex et quæ.*
4. *Minorem annis 25. vere judicem esse non posse, sed tamen ubi sententiam dixerit, valere ex litigantium consensu, et ejus voluntate qui judicem dedit.*
5. *Minoris 25. annis qui tamen annis decem et octo major sit, sententiam valere quocunque modo judex datus* et n. 7.
6. *Minoris, et qui decem et octo annos non attigit, non aliter valere sententiam, quam si ex consensu litigantium fuerit datus* et n. 8.

IN re judicanda judicem competentem
esse oportet. *L. 5. §. eod.* Competens non est
qui non est ea ætate, ut judicis munere fungi
possit: de hac ætate quæritur. Et constat,
impuberem natura judicem esse prohiberi. *L.*
1 *cum prætor, sup. de judic.* De † pubere, mi-
nore tamen vigintiquinque annis, an judex
esse possit, et si judicaverit, sententia ejus va-
leat, res est juris non usque adeo explorati. Et
2 extat hoc loco † de hac re tota Ulpiani di-
stinctio hujusmodi, ut si major sit decem
et octo annis, sententia ab eo lata valeat.
3 Si minor †, non valeat, duobus exceptis
judicibus. Uno, qui idem judex sit et ma-
gistratus. *Cum enim*, inquit in fine Ulpia-
nus, *princeps minorem magistratum fecit,
decrevit omnia per eum agere.* Altero, qui
ex consensu datus sit, scientibus his, qui
in eum consentiunt, sed ut dixi, de hac re
parum liquet. Nam contra illud probari
posse videtur, minorem vigintiquinque annis
in totum judicem esse non posse. Primum
ad remp. administrandam, et munera pu-
blica personalia minores admitti non debere
constat. *L. ad remp. infr. de mun. et hon.*
Judicandi autem munus publicum et per-
sonale est. *L. quippe, sup. de judic. L. ult.
§. judicandi, inf. de mun. et hon.* quare
minor ad judicandi munus admitti non po-
test. Præterea et illud certum est, minorem
annis vigintiquinque arbitrum esse non pos-
se: hac ratione, quod judicare cogi non
possit. *L. cum de lege. supr. de recept.* Ex
quo nec judex erit ista ratione. Ut enim
arbiter, sic et judex judicare cogitur. *L. de
qua re. supr. de judic.* adeoque qui non
potest cogi judicare, judex esse non potest,
ut si ab initio recte datus judex sit, ac
deinde in morbum incidat, qui remittat
judicandi necessitatem, mutari debeat. *L.
judex, 16. sup. de judic.* De quibus ego ita
† statuo, minorem annis vigintiquinque vere 4
judicem esse non posse, cum non cogatur
judicare. Cogi enim posset id facere, si vere
judex esset, ut dictum est. Plus dico: etiamsi
ipse dictionem sententiæ incipiat, judex esse
non potest, si litigatores recusent: quoniam
ita jus est, ut ad munera publica admitti
non possint. Sed si ipse ultro recipiat co-
gnitionem caussæ, et litigatores consentiant:

non erit ille quidem proprie judex; sed si sententiam dixerit, valebit: eum propter consensum litigatorum, tum propter voluntatem ejus, qui eum dedit. Et hoc est, quod animadverti debet in hoc responso. Non enim Ulpianus dicit majorem octodecim annis judicem esse posse: sed si sententiam dixerit, hanc tuendam esse. Non obstat, quod nec minor viginti annis arbiter esse potest, nec sententiæ ab eo dictæ valent, etiam adversus consentientes. Plus est enim in judice dato, quam in arbitro. Arbitro auctoritatem et potestatem non conciliat, nisi litigatores, qui plus juris non habent quam arbiter. Judicis sententiam confirmat anctoritas et potestas magistratus, qui eum dedit. Quem enim magistratus judicem dat, perinde est quasi magistratus per eum sententiam dixisset.

Verendum tamen, ne, quod supra dixi, ejus qui major est decem et octo annis sententiam ita valere, si ex consensu litigatorum datus sit, hoc ipso responso refellatur.
Nam si majoris sententia non alia conditione tuenda est: nihil interesit inter hunc, et cum qui ea ætate minor est, cum Ulpianus dicat etiam minoris sententiam valere, dum ex consensu judex minor datus sit.
Atqui eos aperte separat. Unde † intelligi 5
debet, majoris quidem decem et octo annis sententiam tuendam essa, quoeunque modo
datus sit: minoris autem ita demum, si † 6
datus sit ex litigatorum consensu. Sed est quod inter istos intersit, ex hoc ipso loco, etiamsi statuerimus, neutrius valere sententiam, nisi datus sit ex consensu litigatorum.
Majoris enim sententia † valebit hoc ipso. 7
quod litigatores non repugnabunt. quo minus ille judex sit; etiamsi de illius ætate ignoraverint. At in minore decem et octo
annis, hoc † exigit Ulpianus, ut vere datus 8
sit ex consensu litigatorum; scientibus nimirum his, qui in eum non consenserunt: scientibus, inquam, minorem decem et octo annis dari, ita ut ad eorum consensum manifestum nihil desit.

Ad L. *Si cum nulla*. 58.

Idem *Libro VII. Disputationum*.

Si cum nulla sententia præcessisset, capta sunt, et distracta pignora: possunt recuperari.

Possunt revocari: condictione sine caussa. Capta sunt enim pignora in caussam judicati: quam caussam nullam fuisse apparet *L. 1. sup. de cond. sine caus.*

Ad L. *In sententiis*. 59. In pr. et §. 1.

Dixi, quod huc pertineat, ad L. 5. §. ult. sup.

Ad §. ult.

Vide L. de unoquoque, sup.

Ad L. *Quæsitum*. 60.

Dixi ad L. de unoquoque, sup.

Ad L. *In judicati.* 61.

Idem *Libro XLV. Digestorum.*

In judicati actione non prius ratio haberi debet ejus, cui prior reus condemnatus fuerit.

SUMMARIA.

1. *Creditorem qui prius agat judicati, posse ab eo qui sibi condemnatus est posteriori id totum quod facere potest auferre, nullo ære alieno deducto, quod illustratur exemplo* et n. 3.
2. *Excepto donatore qui deducere potest condemnatus quod aliis debet non ex simili caussa.*
3. *Contraria superiori definitioni removentur. et princip.* L. inter eos, 19, eod. *exponitur.*

1 Sententia est. Si idem † duobus condem-
natus sit diversis temporibus, et is, cui po-
sterius condemnatus est, prior agat judicati;
hic totum auferet ex bonis judicati, quod
illum reperiet facere posse non deducto ære
alieno, etiam quod judicatus debeat ei, cui
prius condemnatus fuerat. Adeo verum est,
quod diximus in *L. sunt qui*, omnes, qui in
id solum, quod facere possunt, condemnan-
tur, conveniri in quod possunt, nullo dedu-
2 cto ære alieno. Atqui † excipitur donator:
qui deducere potest, quod aliis non eadem
caussa debet. *L. qui ex donationis, sup. de
donat. L. inter, sup. eod.* qui si deducere po-
test, quod iis debet non condemnatus: multo
magis his debet, si jam ante his condem-
3 natus fuerit. Quid est igitur, quod † hic
generaliter dicitur in judicati actione, qua
convenitur, exempli gratia donator, non prius
haberi rationem eorum, quibus prius con-
demnatus est? Et nimirum hoc sit intelli-
gendum est: si tantum ob eam caussam
reus velit deduci, quod alii debet, quia
prius ei fuerit condemnatus: non etiam si
alia de caussa id fieri postulet, propter
quam posset deducere, quod illi debet, quam-
vis ei prius condemnatus non esset. Finge
hoc modo: filiusfamilias cum multis con-
traxit. Emancipatus ab uno ex his conve-
nitur, et damnatur in id, quod facere po-
test: convenitur deinde ab alio paullo post,
cui emancipatus itidem condemnatur. Hic
posterior prius judicati agit, et omnia ca-
pit pignori, quæ offendit in bonis judicati.
Postulat judicatus rationem prius haberi ejus,
cui prius condemnatus est, idest prius de-
duci, quod ei debet: aut etiam prior ille
creditor ultro adest, et sui rationem prius
haberi debere contendit. Dicimus hoc loco
ejus rationem prius habendam non esse:
quia ita jus sit, omnes qui condemnantur
in id quod facere possunt, conveniri nullo
deducto ære alieno, excepto donatore: qui
quod ex donatione conventus aliis debet,
deducere potest, non quia his forte condem-
natus jam sit: sed quia ipse donator est:
illi autem, quorum rationem haberi vult,
alterius conditionis creditoris.

Sed si inter † plures creditores ejus, cui 4
reus prius condemnatus est, prius ratio non
habetur, falsum est quod supra dicitur in
L. inter eos. Inter istos meliorem esse con-
ditionem occupantis. Is enim dicitur occu-
passe rem, qui prior ad sententiam pervenit.
L. si vero, 10. sup. de pecul. Ejus autem con-
ditio quomodo melior, nisi cæteris præfera-
tur, nisi ejus ratio habeatur ante cæteros?
Et fateor meliorem esse alicujos conditio-
nem, hoc significare præferri cæteris: Sed
duobus modis quis cæteris præferri potest.
Uno modo, ut ipso agente, et sententiam oc-
cupante pro cæteris creditoribus, qui sunt
ejusdem conditionis, nihil deducatur, quam-
vis reus conveniatur ex donatione: et hoc
modo semper melior est caussa occupantis:
Altero modo, potest unus præferri cæteris,
dum aliis prius judicati agentibus vult his
deducere, quod sibi debetur; hoc vero modo
ejus, qui prius ad sententiam pervenit, non
est melior occupantis conditio, nec ejus ra-
tio prior prior habetur, ut hic dicitur. Et
in suma, hactenus occupantis melior caussa
est, ut ei nihil detrahatur, de eo, quod occu-
pat: non etiam, ut ipse aliis res occupanti-

bus illis detrahat, quod sibi debetur. Ut ipsi agenti detrahi nihil potest: sic nec ipse aliis agentibus detrahere. Nec hujus interpretationis confirmatio aliunde petatur, quam ex *L. inter eos*. ubi superior regula traditur. Cum enim dixisset Paulus, *Inter eos, quibus ex eadem caussa debetur, occupantis melior conditio est:* id interpretans subiungit, *nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur*. Nam si volebat eum, qui occupat, in utroque esse potiorem, ut nec deducatur ei, si ipse aliis detrahat: cur id, de quo multo maxima erat quæstio, Paulus prætermisit? Adde, quod non potest aliter verum esse, quod subjicit, solum donatorem conveniri deducto ære alieno; quam si statuerimus cæteros non posse deducere, quod aliis debeant: quamvis bis debeant ex caussa judicati.

Ad L. *Cum quærebatur*. 62.

Alphenus Varus *Libro VI. Digestorum a Paulo epitom.*

Vide ad L. Paulus. 42. sup.

Ad L. *Sæpe*. penult.

Marcellus *Lib. II. de Appellationibus.*

Sæpe constitutum est, res inter alios judicatas, aliis non præjudicare, quod tamen quandam distinctionem habet. Nam sententia inter alios dicta, aliis quibusdam etiam scientibus obest: quibusdam vero, etiam si contra ipsos judicatum sit, nihil nocet. Nam scientibus nihil præjudicat: veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur, nam alteri integra defensio est, etiam si cum herede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus acquieverit, alterius petitioni non præjudicatur, idque ita rescriptum est. Sed scientibus sententia, quæ inter alios dicta est, obest, cum quis de ea re, cujus actio, vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur: veluti si debitor experiri passus sit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum, vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, aut possessor venditorem de proprietate rei emptæ, et hæc ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia noceat superioribus non noceat, illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit, propria actione, vel defensione utatur, non potest. Is vero, qui priorem dominum defendere caussam patitur: ideo propter scientiam præscriptione rei quamvis inter alios judicatae summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est. Nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius judicetur, mihi præjudicatur. Diversa caussa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico.

Nam quamvis contra Titium me nesciente judicatum sit, nullum tamen præjudicium patior: quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio interdicere quo minus suo jure utatur, sicuti de coherede supra diximus.

SUMMARIA.

1. *Res inter alios judicatas aliis non nocere etiam in communi et pari caussa, sive ignorantibus sive scientibus, et quare* et n. 3. et 9.
6. *Exempla.*
2. *Sed tamen illis nocere ad quos proprio et suo nomine atque jure caussa pertinet si hi alium passi sunt ea de re agere aut eam defendere in judicio*, *et hoc quare* et n. 4. et 5. 7. et 10.
8. *Exempla.*
11. *Summa rerum.*
12. *Contraria diluuntur.*
13. *Legitimi contradictores qui.*

De auctoritate rerum judicatarum plusquam sæpe hæ sententiæ inculcatæ sunt, Rebus judicatis standum esse: Res judicatas nullo prætextu instauri posse: Post rem judicatam nihil amplius quæri. Generaliter hæc quidem, et sine distinctione eorum, inter quos de eadem re postea agetur. Sed quæ nihilominus ita accipienda sunt: si iterum agetur de eadem re, inter eos ipsos, inter quos res judicata est, ut adversus quos judicata est, his etiam ipsis noceat. Cæterum quod jus natura servari erat æquissimum, id etiam nominatim constitutum est, quemadmodum res cæteræ inter alios actæ aliis nocere non debent, sic nec nocere res judicatas. Tit: *C. quib. res jud. non noc.* et Tit. *Res inter alios acta et judicata aliis ne noceat.* Et regula quidem initio hujus capitis statuitur in hæc
1 verba. Res inter (1) alios † judicatæ aliis non præjudicant. Quam et ipsam generaliter licet verbis conceptam, animadversa tamen mente et ratione hujus juris constitui, et exemplis aliarum constitutionum collatis, Macer hoc capite sic interpretatur in summa, ut ad omnes ignorantes, itemque eos, quorum res propria non fuit de qua actum est, quamvis scirent, quid ageretur, velit pertinere:
2 neget † autem pertinere ad eos, quorum actio et defensio propria fuerit de ea re, de qua actum est, si alium de ea re passi sint experiri. *Et hæc* inquit, ille *ex multis constitutionibus intelligenda sunt.* Sed nihilominus et ex ratione hujus juris facile intelligitur. Cur enim † res inter alios judicatas placet aliis 3
non nocere? Quia iniquum est, quemquam facto alieno onerari, ubi nihil est, quod ei possit imputari, cur ita actum et judicatum sit. Arg. *L. in caussæ, supr. de proc.* Non est autem, quod ei imputetur, qui ignoravit de re agi, sive res ejus fuit, sive non fuit. Sed nec quod imputetur ei cujus res non fuit, de ea actum est; propterea quod etiamsi de ea cum domino agi sciret, tamen non potuerit prohibere, quominus sua actione, aut defensione uteretur. Finge ergo esse, quod † alieui 4
imputetur, cur de ea re actum sit. Et sententia legis, et ipsa auctoritas rerum judicatarum hoc exigit, ut commutata ratione res judicata huic, cujus culpa est, quod ageretur, noceat. Quod ei usu venit, cujus actio et defensio fuit propria, qui non modo ipse experiri potuit, si vellet, sed etiam alium agentem prohibere: et tamen alium de ea re agere passus est. Sed et verba, et partes distinctionis Marci consideremus.

Aliis quibusdam etiam † scientibus obest. 5
Non dicit sententiam aliis quibusdam nocere etiam scientibus: quasi velit eam nocere

(1) Quo de cum plenius tractare nec vacet nec locus patiatur, remitto ad Tiraquell. *in Tit. Res int. al. act.* Covar. *Pract. QQ. C.* 13. *et seqq.* Cravetta *de Antiquit. temp. Part.* 2. §. 1. *n.* 43. *et seqq.* Vasq. 2. *Contr. usufreq.* 23. 2. 13. *et seqq.* (qui varias regule hujus rationes adducit, et deinde multis eam modis restringit) Zoan. *ad L.* 2. *C. de edendo, n.* 5. P. Fab. *ad L.* 207. *de R. I.* Contard. *in L. diffamari C.* 3. *n.* 150. *et seqq.* Bronch. 2. *Misc.* 44. Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 17. *n.* 67. *et seqq.* Mathesilan. *Sing.* 23 Hartm. Hartm. *Tit.* 18. *Obs.* 3. Harl. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 29. Surd. *Decis.* 256. Vult. *Cons. Marp.* 22. *Vol.* 2. Sententia contra dominum directum an noceat utili, Vid. Afflict. *Decis.* 396. Plane quoad ejus personam, secundum quem lis dicta, jus facit sententia non solum ut ei prosit, sed et ut ei præjudicium adferat *L.* 50. §. 1. *de legat.* 1. Ubi sententia pro substitutio contra heredem obligat istum creditoribus et legatariis, neque ab iis conventus se tuetur regula, Res inter alias judicata aliis non prodest, Hot. 6. *Obs.* 23.

ignorantibus, et his quidem præcipue : sed tamen eam nocere quandoque etiam scientibus. Nam sequens membrum, quod sequitur, et de scientibus tantum intelligendum est, declarat solum scientibus sententiam nocere, ignorantibus aliis non nocere. Et sane est iniquissimum, factum alienum nobis ignorantibus et invitis damno esse. Sic igitur hæc verba (2) interpungenda sunt: *aliis quibusdam* etiam, *scientibus obest.* Ut sit sensus, sententiam inter alios dictam non tantum his nocere, inter quos dicta est, sed aliis etiam quibusdam, dummodo scientibus. Et hoc membrum est, quod prius positum, exequitur posterius, versic. *Scientibus sententia, quæ etc.*

6 *Quibusdam* † *vero :* supple, quamvis scientibus non nocet. Unde multo minus ignorantibus nocebit. Et hoc est quod subjicit: *Nam scientibus nihil præjudicat : etiamsi contra ipsos judicatum sit :* vi ipsa non directo, ut postea in exemplis sequentibus explicatur.

Nam scientibus nihil præjudicat. Posterius membrum est propositæ distinctionis, quod prius adgreditur. Et exemplis duobus propositis (quibus adiungere oportet tertium, quod est ejusdem rationis, quod ipse ponit in extremo capitis) declarat, quid in universum de hac parte statuere debeamus. Idest autem hujusmodi: res inter alios judicatas aliis non nocere, ne scientibus quidem: quamvis caussa omnium sit communis, et ratione ita coniuncta, ut quod adversus unum judicatum est, vi ipsa judicatum intelligatur adversus cæteros: si modo omnium sua fuit in ea re actio propria, aut defensio. Exempla hæc sunt, quibus Macer utitur. Unum, duo sunt heredes debitoris: ex quibus cum uno pro parte actum est, et pronunciatum, defunctum debuisse: itaque heredes partem debiti inferre jussus est. Est hæc sententia hujusmodi, ut si vera est, reliquos omnes heredes judicetur debere. Nam si defunctus debuit, tenentur heredes omnes singuli pro portionibus hereditariis. *L. 2. Cod. de heredilar. action.* Id etsi ita est: tamen si creditor cum alio experietur de altera parter, coheredi integra defensio est, inquit, etiamsi eum coherede suo agi sciverit. Alterum exemplum, duo sunt heredes creditoris, aut domini rei. Unus ex his partem debiti a debitore petit. Pronunciatum est, huic nihil deberi, quia defuncto nihil deberetur. Si hoc ita est, nec alteri coheredi quicquam debetur: neque enim deberi potest heredibus, quod defuncto debitum non fuit. At nihilo secius alter coheres de parte recte aget eum eodem debitore. Tertium, Titius a te fundum petit, quem suum esse intendit: tu contra tuum esse dicis: pronunciatum est, fundum tuum esse. Hac sententia non tantum adversus Titium petitorem judicatum est, sed etiam adversus omnes alios, quicunque eundem fundum vindicaturi sunt: nam si Titius ejus fundi dominus est, cæteri non sunt domini; duo enim in solidum esse domini non possunt. *L. 5. §. ult. supr. commod.* quanquam hæc ita se habent: tamen non prohibeor eundem fundum a petere: dum de suo jure Titius egerit: ego agam de meo, quod ab illo non acceperim. Adde his rationem, quæ sequitur in versic. *Cur autem,* tum erit illud intellectum, quod supra definivi. Sed de ea ratione illic videbimus.

Sequitur alterum † membrum distinctionis de his, quibus res inter alios judicata nocet; *scientibus*, inquit, *sententia, quæ inter alios dicta est, obest: cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur.* Loquitur de eo, ad quem actio vel defensio rei suo nomine pertinet, sic, ut jure actionem solus habeat, si velit: ut exempla subjecta probant, de marito, de emptore: nam maritus solus dominus est rei dotalis, emptor rei emptæ traditæ: utrique actio de proprietate, et defensio soli competit. Qui fit igitur, ut dicat, cujus actio primum ei competit? cum si alicui competit, necesse: eam alii post eum competere. Cur in hac actione *sequentem* actorem dicit, eum et maritus et emptor in ea re sit solus, qui actionem habeat? Quia cujus actio, aut defensio propria est, is quidem jure solus est, ad quem ea actio, aut defensio pertinet. Voluntate autem sua est is, ad quem primum pertinet, si velit: sed ad alium deinde, quem patiatur ea actione aut defensione uti, ut procuratorem in rem suam. Hoc igitur dicit, si quis sit, ad quem res aliqua pertineret, aut cui sit obligata; si is patiatur alium de proprietate ejus rei experiri, cum ipse is sit, qui jure suo id possit facere, et alium prohibere, ne experiatur: eo, quem patitur experiri, condemnato, haud dubie ei quoque, qui passus est, sententia nocebit. Sequuntur exempla. 7

(2) Quomodo evitatur correctio Cujacii 2. *Obs.* 25. legentis; *scientibus non obest. Et seqq.* ita punctis distinguentis: *judicatum sit nihil nocet.*

8 *Veluti, si creditor* † *experiri passus sit, debitorem de proprietate pignoris*. Sic (3) habent Pandectæ Florentinæ. In aliis libris veteribus constanter legitur e converso, *Veluti, si creditorem experiri debitor passus sit*; ut scriptura Pand. Florentinarum hanc sententiam inducat, rem adversus debitorem judicatam de proprietate pignoris creditori scienti nocere, judicatam adversus creditorem non nocere debitori, qui pignus dedit. Altera scriptura contrariam admittat sententiam. Sed recta est Pand. Florentin. lectio: non solum quia sententiam habet veram: sed etiam quia rei propositæ solam convenientem. Nam illud quidem falsum est, si creditor expertus sit de proprietate pignoris, rem adversus eum judicatam præjudicium facere debitori. *L. 3. sup. de pig.* Et non aliud convenit definitioni Macri, quam ut proponatur is, ad quem actio de re pignori obligata primum pertineat, quique sequentem possit prohibere, nec de ea re experiatur, si velit. At is est creditor, cui res obligata est, non debitor, qui eam obligavit. Nam si creditor rem persequi potest a debitore ipso actione in rem: *L. adversus, C. de obl. et act.* quanto magis eam ab alio quovis possessore persequi potest, quamvis invito debitore? *Aut maritus uxorum, vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ*. Non dubium est, quin maritus rei in dotem datæ sit dominus. *L. doce, C. de rei vindic.* et emptor rei ex empto traditæ, cujus dominus venditor fuerit: itaque et utrique actio et defensio de proprietate rei primum competat. Illud mirum est, quod proponit Macer, socerum de proprietate rei dotalis experiri, item venditorem de proprietate rei venditæ et traditæ. Qui enim possunt, nisi sint domini: cum actio in rem soli domino competat. *L. in rem, supr. de rei vind.* Atqui hi rem tradendo una et dominium in accipientem transferunt, et amittunt: denique duorum in solidum dominium esse non potest. *L. 5. §. ult. supr. commod.* Et sane ita res habet, ut jam supra ostendi ut actionem non habeant suo jure: sed ea experiri possunt ex persona domini ejusque mandatu, ut sint ipsi procuratores in rem suam, itaque actionem exerceant, suo nomine, quod ipsis facere consultum est: quia re amissa futurum est, ut de evictione teneantur. Neque vero necesse est, his actionem nominatim cedi. Si sciente domino, et patiente de dominio ejus rei agant, ipso domino mandante agere intelliguntur. Et jam in hac re, qui patitur, mandat. Argumento *L. qui patitur, supr. mandati*. Illud quæri non debet, quomodo socer de proprietate rei dotalis, aut venditor de proprietate rei venditæ suscipiant actiones nomine mariti aut emptoris: cum certum sit, unumquemque posse alium defendere judicio, ejusque nomine suscipere actiones, dum satisdet judicatum solvi. *§. ult. Inst. de satisd.* Quod ait, *sequentem agere patiatur:* et mox *si creditor experiri passus sit:* utrobique verbum Experiri et Agere, commune esse intelligi gimus, positum non tantum, pro actionem movere, sed etiam pro suscipere, et judicio defendere. Nam et reus latiore verbi significatione agere dicitur *L. 1. supr. de ed.* Hoc sentire Macrum, verba actionis et defensionis, quæ ad agentem et experientem refert, declarant. Nam defensio non est, nisi ejus, qui convenitur. Sed præcipue id demonstrat ratio quam in versu sequenti reddit. Cum enim de eo solum locutus esset, qui egerat, sive expertus erat, nihil nominatim de defensore: tamen rationem superioris dicti reddidit in eo, qui caussam defendisset, ut appareat eum agentis et experientis verbo illum defensorem complexum esse. Sed suprascriptæ † distinctionis rationem accipe ex *vers.* Cur autem, 9
Qui scit, inquit, *coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus propria actione, vel defensione utatur, non potest.* Innuit coheredem, sive agat, sive conveniatur, de re sua agere et conveniri. Agit et de parte sua cuius actio et defensio ipsius est propria, ut cui debeatur soli, aut qui eam debeat solus. Porro quod cujusque est, nemo prohibere potest, quominus ea re dominus suo arbitrio utatur. Est enim unusquisque moderator et arbiter rei suæ. *L. in re mandata, C. mand.* Ex quo colligit, quicquid coheres de sua parte egerit, et quamcumque sententiam de eo reportarit, rem adversus eum judicatam, coheredi ejus, qui de alia re agit aut convenitur, nequaquam præjudicare. Sed an necesse est, quia is, qui victus est, egit de re sua, idcirco sententiam adversus eum dictam alii non nocere; præsertim ubi ratio utriusque caussæ est communis? hoc vero necesse esse significat, et recte. Hoc enim vult intelligi, nullum crimen pati eum qui non prohibet, cum prohibere non possit: quod et regula juris traditum est. *L. nullum crimen, infr. de reg. jur.* Hæc ratio et ad plures, qui eandem rem vindicant, quorum

(3) Et confirmat Cujac. *dict. Cap.* 25. ex Basilicis et Bernardo *Cap. penult. extr. de re jud.* Et quia in *seqq.* qui egit dominus v…atur, qualis non est creditor.

unus ab alio caussam non habeat, aperte pertinet. Quod tertium erat exemplum, quod Macer in extremo capite posuit.

Ait, *Is vero qui priorem dominum* (idest, eum, qui prius dominus fuit, nunc dominus non est, qualis est socer, aut venditor) *defen-*
10 *dere caussam patitur: ideo etc.*) Ratio ÷ est, cur iis, qui domini sunt rei aut quibus actio de proprietate ejus rei aut defensio primum competat, noceat sententia: quæ istis scientibus adversus illum de ea re dicta est. Est autem hæc, quod cum istorum actio sit propria, non solum possunt prohibere, quo minus ea actio alii detur: sed etiam quod ali dari, nisi ex eorum persona, et jure non potest. Quo fit, ut si ipsis permittentibus alii sit data; tum vero ipsorum voluntate de eorum jure sub aliena persona judicatum videatur. Quod perinde haberi debet, quasi adversus ipsos actum et judicatum esset. Et recte: nam actor movet actionem de proprietate rei a se traditæ, aut suscipit, magis suo nomine agit, quam alieno, propter periculum evictionis. Et ideo ipse condemnatus tenebitur judicati actione. *L. 4. sup.* Aut si minus huc usque licet progredi: at certe negari non potest, quin ipsorum, qui domini nunc sunt, culpa sit, quod alium experiri patiantur, quod factum ipsis facientibus nocere cum per se æquum est; tum propter rerum judicatarum auctoritatem.

Nam etsi libertus) Quia regula generaliter concepta est, ac sine distinctione, res inter alios judicatas aliis non nocere: ideo difficilius persuaderi potest, aliquando eas nocere aliis, quamvis scientibus. Ne quis igitur in eo hæsitet, præter rat[illegible], quam modo reddidi: id etiam exemplo [illegible]firmat quod est hujusmodi. Agit aliquis [illegible]um liberto meo: quod dicat eum suum libertum esse, aut servum suum. Qua de re libertus egit judicio me interveniente, idest, me sciente, et hortante et mandante, ut caussam ageret. Eo judicio libertus pronunciatur libertus esse aut servus actoris. Placet hanc sententiam mihi quandoque de eo cum victore agente nocituram. In hac specie observandum est jus patronatus, et cætera, quæ sunt hujus juris, ut operas, et obsequium esse patroni propria, ita ut his de rebus actio et defensio soli patrono competat. Atqui libertatis caussa et status principaliter est liberti non patroni. *L. principaliter, C. de lib. causs.* sine quo tamen caussa de jure patronatus judicari non potest. Ut appareat, patronum in libertum multo minus juris habere, quam dominum in eam rem, cujus est dominus: multoque minus esse, quod objiciatur patrono. si libertum de statu suo agere permisit, quam domino alicujus rei, si alium de ejus rei proprietate agere patiatur. Et tamen sententia adversus libertum dicta de libertate aut statu liberti, patrono, quo interveniente et mandante res acta est, nocet, ut in hac specie receptum est, et fortasse cautum quibusdam constitutionibus. Ex quo id perspicuum est, quid sequatur: nempe hoc efficitur, sententiam de proprietate alicujus rei adversus alium dictam, domino rei, qui plus juris habuit ad ejus rei actionem impediendam, multo magis nocituram. Argumentum igitur est ex comparatione minorum. Sed admonendi sumus, ita demum sententiam, quæ adversus debitorem dicta est, nocere creditori; quæ dicta est adversus socerum, nocere marito: si res bona fide cum debitore, cum socero acta est: et hactenus verum esse, quod hoc loco Macer scribit. Cæterum duobus casibus sententia adversus debitorem lata creditori pignus postea vindicanti non præjudicat. Uno, si probetur debitorem collusisse cum adversario. Altero, si debitor propria aliqua exceptione separatus sit. Idque expressum est in *L. præses, C. de pignor.* Quod de debitore dictum, ad alios omnes, qui de re egerunt, et victi sunt, transferendum est.

Partibus responsi expositis, nunc rem in pauca conferam. Est autem hæc ÷ summa. 11
Res inter alios judicatas alias, quamvis in communi et pari caussa, quamvis scientibus, et intervenientibus, non nocere: præterquam in una hac specie, cum de proprietate et jure rei ad nos pertinentis actum et judicatum est. In qua quasi sub alterius persona voluntate nostra judicatum sit de jure nostro, ita nobis res judicata oberit. Unde intelligitur, eam aliis ignorantibus nunquam nocere: scientibus vero in hac solum specie, quam dixi.

Quo de sententia ÷ hujus loci cognita, 12
videamus jam, ne multis in rebus falsa sit hæc sententia. Rem inter alios judicatam aliis ignorantibus non nocere; aut si nocere quandoque admittimus, dicimusque id Macrem non negare, videamus ne multa exceptioni et distinctioni ejus desint: ut qui scientes tantum, et eos quidem in certis tantum caussis a superiori regula excipiat: ex quibus facile dici non potest, utrum sit vitiosius. Et quidem quinque sunt genera caussarum, in quibus re adversus unum judicata, constet alii de eadem re experiri non licere: tantum ob id, quod res fuerit cum priore judicata; nec quicquam referat, quod

posterior eum priore de ea agi cognoverit: ex quibus nulla plane ad exceptionem Macri pertinet. Sunt autem hæc genera: ut si populari actione unus egerit, et victus sit, alius de eadem re agens non audiatur. *L.* 3. §. *si plures, inf. de lib. hom. exhib.* Item ut si quis reum accusavit, et reus ea accusatione sit liberatus, alius non admittatur ad ejusdem criminis accusationem. *L. si cui*, §. 1. *sup. de accus.* Tum si de testamento inter heredem scriptum, et legitimum actum sit, et pronunciatum contra testamentum, ne deinde legata, aut servitutes ex eo testamento petere liceat. *L. Papinianus*, §. *ult. sup. de inoffic. testam* Præterea si quis filius alicujus sit pronunciatus, ut adversus alias etiam personas, qui re patrem non dicent, sententia jus faciat. *L.* 1. §. *ult. et L. seq. sup. de agnosc. lib.* Quod et in sententia pro ingenuitate lata receptum est· *L. ingenuum, sup. de stat. hom.* Quorum nihil contineri ulla parte distinctionis Macri manifestum est. Sed quanquam hæc sont ita, nihil tamen sententiæ Macri adversantur. Nam aut in his res inter alios judicata, aliis non nocet: aut si quædam sunt, in quibus noceat, reperietur, ad propositam Macro quæstionem non pertinere. Et ut de duobus prioribus generibus respondeam, puta populari actione et publica accusatione: res sic habet, ut quamvis popularis actio cuivis de populo proposita sit: tamen uno aliquo agente si reus sit liberatus, ab alio eadem actione non possit conveniri. Sed hoc eo fit, non quia posteriori res prius judicata noceat: sed quia posteriori nulla sit actio popularis reliqua, qua experiatur. Sic enim est actio popularis, non ut constituta sit singulis e populo, sed ut cuivis e populo: uni tamen, non simul omnibus. Unde pluribus existentibus, qui agant, ex omnibus, unus eligitur, aut cujus maxime interest, aut is, qui maxime est idoneus. *d. L.* 3. §. *si plures, inf. de lib. hom. exhib.* Quæ res facit, ut unus eam actionem occupando, eam consumat: ut jam amplius nulli alii actio relinquatur. Si tamen priori judicio sine prævaricatione actum sit. *d. L.* 3. §. *plures.* Dici etiam potest, uno postea iterum agente populari actione, eumdem tamen agere, qui prius egerat, quisquis enim hac actione experitur, populus est, qui experiri videtur; non privatus. Est enim populi actio non privati, cum ea sit actio, quæ jus suum populo tueatur. *L.* 1. *infr. de popul. act.* Quod si hæc privatorum esset, non populi: quisquis haberet popularem actionem, lu upletior esse intelligeretur: unde et moriens eam transferret ad heredes suos: idem acturus in ea, ut in re sua, procuratorem dare posset, hoc enim jus est actionum privatarum. Nihil autem istorum tribuitur ei, qui habet has actiones, ut constat ex *L. antepen. pen. et ult. inf. de pop. act.* Unde intelligitur non esse eas privati litigaturis, sed populi. Ex quo efficitur, ut si sæpius a pluribus de eadem re agatur, unus populus esse intelligatur, qui agat, non alius: proindeque si ei, qui iterum agit, opponatur præscriptio rei judicatæ, hæc non alii nocere, sed eidem, qui prius victus sit, nempe populo, qui prius per privatum egerat. Quæ omnia in publica accusatione multo citius et verius dixeris. Et ut intelligatur in his actionibus publicis magis populi rationem haberi, quam privati actoris, vel accusatoris, ideo quia res populi agatur: cessante hac ratione constitutum est, si quis in his quod sua interest, aut privatum dolorem persequatur, huic postea agenti, tanquam agenti de re privata, et sua non nocere rei prius judicatæ exceptionem: dummodo doceat, se ignorasse actionem ab alio institutam. *L. si cui*, §. 1. *inf. de accusat. L.* 3. §. *si plures, de lib. hom. exhib.* Nihil ergo hactenus dicitur, quod non optime cum regula proposita consentiat: quinimo hæc ita confirmatur suprascriptis exemplis actionum, ut appareat eam non minus locum habere in actione publica et populari quam in privata.

De cæteris generibus tribus, quæ supra posui, negari non potest, quin in his res inter quosdam judicatæ aliis præjudicent, quamvis ignorantibus. Sed videndum est, quid in tota hac disputatione sentiat Macer. Hoc sentit, nunquam rem inter alios judicatam aliis nocere, aut interdum nocere, cum de eadem re principaliter iterum agitur, de qua prius judicatum est; veluti cum quis rem debitam persequitur: de eodem debito convenitur: eandem rem petit. Quæ exempla sunt, quibus in hac disputatione tota utitur. Hoc sane sensu sunt quæ ille statuit, verissima et perpetua. Quid est ergo, quod superioribus generibus propositis agitur? Agitur de accessionibus, et consequentiis rei judicatæ, non de ipsa re, quæ principaliter judicata est: quod ad hunc locum non pertinet. De hoc genere ita recte (4) statuemus in universum: sententia de re

(4) Ita et *Donell. ad L.* 2. *Cod. de fid. instrum. n.* 23. 24. Convenit *supr. Lib.* 22. *Civil. Comment. Cap.* 5. *n.* 24 Pac. I. *Enum. Q.* 31.

aliqua principali lata inter legitimos contradictores, idest, eos, ad quos ea res pertinet, jus facit inter quascunque alias personas, eisque nocet de accessionibus, consequentiis rei prius judicatæ inter se quandoque contendentibus. Quam sententiam, ut cætera argumenta, et omnia exempla in eam desint, ipsa natura rerum a nobis extorquet. Nam cum principalis res non consistit, ea quæ inde solum pendent, et efficiuntur, stare non possunt. *L. cum principalis, inf. de reg. jur.* huc vero superiora omnia illa genera referuntur. Agitur inter heredem scriptum et legitimum de hereditate, eoque et de testamento, et de heredis institutione. Nam hæc si valet, quæstio tollitur. Pronunciatur, institutionem non valere, itaque hereditatem pertinere ad heredes legitimos. Qua de re hic judicatum est? de heredis institutione, quæ fundamentum est scilicet et caput testamenti, ex qua testamenta vim accipiunt. *§. ante, Instit. de legat. L. 3. vers. Calpurnius, sup. de his. quæ in test. del.* Hac eversa consequens est, ut et testamentum, et cum testamento una et libertates et legata, quæ ex testamento solum valent evertantur. *d. L. Papinianus, §. ult.* quæ res facit, ut legatariis, aut servis, quibus libertas data erat, postea agentibus res judicata noceat. Nec ad rem pertinet, quod res inter alios judicata est. Judicata est enim inter alios, sed de re, ex qua legata et libertates pendent: qua eversa et illa sua sponte concidant necesse est, inter quoscunque tandem de re prima et principali statutum fuerit. Quod valet heredis institutio in testamento, et his, quæ inde pendent: hoc valet status personæ in his, quæ is status secum affert. Si qui filius est Lucii Titii, consequens est, ut idem cognatis Titii sit cognatus. Si quis ingenuus est, nulli tanquam patrono debet operas, reverentiam, aut honorem. Si libertus est, jus patronatus hæc omnia contra secum affert. Si quis est servus, pertinet hoc ad ea, quæ per eum acquiruntur, ut illa statim domino acquirantur. Finge ergo, cum ageretur de patre agnoscendo, cum Lucio Titio, eum, cujus nomine agebatur, pronunciatum esse filium Lucii Titii: hæc sententia jus faciet etiam adversus Lucii Titii cognatos, quandocunque inter eos de eorum cognatione deque jure percipiendarum hereditatum agetur. *d. L. 1. §. ult. cum L. seq. sup. de agnosc. lib.* Quippe hæc, de quibus postea agitur, ex illo priore pendent. Quod recte inter legitimos contradictores semel constitutum, ab iis, qui se cognatos dicunt, infirmari non potest. Idem de ingenuitate, et iis quæ ex ea nascuntur, judicandum est. Idque esse intelligemus, quod dicitur in *L. ingenuum. sup. de stat. hom.* sententiam pro veritate haberi; id ex præcedentibus verbis sic accipiemus, eum de ingenuo scilicet sententia lata est, de his agitur, quæ inde pendent. Arg. *d. L. 1. §. ult. et L. 2. de agn. lib.*

Dixi hæc ita esse, si actum erit de re principali principaliter, et quod idem est, inter † legitimos contradictores ex *L. 1.* 13
supr. de collus. deteg. Legitimos contradictores vocamus, eos, ad quos res, de qua actum est, principaliter pertinet suo nomine, aut certe pertineret, si hi essent, quales se esse intendunt. Ut in quæstione de testamento justi contradictores sunt heredes scripti et legitimi, quia ad istos hereditas pertinet: in qua vis est, et fundamentum testamenti. Et ideo si fingas legatarium petiisse legatum ab herede scripto; et cum heres diceret legatum non deberi, quia testamentum ruptum, aut injustum, aut inofficiosum esset, si id ita inter eos pronunciatum sit: tamen ea sententia nequaquam aliis legatariis legatum petentibus, aut heredibus aliis scriptis nocebit. *L. 1. infr. de exc. rei judic.* Quippe in quæstione de testamento legatarius non est justus contradictor; idest, non is, ad quem testamentum principaliter pertinet. Et quod idem est, legatarius principaliter agi de legato, ex cujus vi testamentum non pendet. Agit igitur de testamento per consequentiam, et propter legatum, non principaliter. Et ita conciliari debet *L. 1. de exec. rei jud. jud. cum L. Papinianus, §. ult. sup. de inoff. testam.* Dixi rem in suprascriptis caussis judicatam nocere in his, quæ inde pendent: quia si de eadem re de qua prius judicatum est, ab alio principaliter agatur, agenti res prius judicata non nocebit. Non enim hic quicquam affertur, cur discedatur a regula superiore: et præterea id aperte confirmat exemplum Macri, quo utitur in *h. L. in versic. Nam etsi libertus.* Nam si libertus meus pronunciatus sit alterius libertus esse me ignorante, et ego me postea patronum dicam, idest, de eadem re agam cum victore: vult Macer nihil esse impedimento. Ergo idem dicendum est, etsi testamentum pronunciatum sit inofficiosum cum herede scripto, et alius scriptus heres de eadem re agat postea: aut quis pronunciatus sit filius Lucii Titii, et existat alius, qui se istius patrem dicat.

Ad L. *Negotiorum.* ult.

Scævola lib. XXV. Digestorum.

Negotiorum gestorum dondemnatus appellavit, et diu negotium tractum est: quæsitum est appellatione ejus injustà pronuntiata, au quo tardius judicatum sit, usuræ pecuniæ in condemnationem deductæ medii temporis debeantur? Respondit secundum ea quæ proponerentur, dandam esse utilem actionem.

S U M M A R I A.

1. *An a reo, qui actione negot. gest. in pecuniam ex administratione debitam et in usuras condemnatus appellat, et iniuste ab eo appellatum esse pronuntiatum est, peti possint act. judicati medii temporis usuræ.*
2. *Dubitandi ratio.*
3. *Definitio propositæ quæstionis.*

Ut quæstio plane intelligatur, scire oportet, negotiorum gestorum actionem esse bonæ fidei. §. *actionum autem, Instit. de act.* Jam vero in bonæ fidei judiciis usuræ pecuniæ debitæ ex mora debentur, citra aliam conventionem. *L. mora. §. ult. infr. de verb. oblig.* Sic tamen his judiciis usuræ debentur ante rem judicatam, ut debeantur officio judicis; peti autem non possint, si in condemnatio-
1 nem nominatim non sint deductæ. *L. 4. C. depos.* Hinc † ambigendi caussa in hypothesi hujusmodi. Qui negotia mea gesserat, actione negotiorum a me conventus, et condemnatus est: condemnatus autem in pecuniam ex administratione debitam, et ejus pecuniæ usuras. Quod posterius de usuris non proponitur quidem hoc loco a Scævola: sed ut factum esse intelligatur, exigit ratio juris, quo cautum est, ut jam dixi, de usuris quæ in condemnationem deductæ non sint, amplius agi non posse. Reus condemnatus appellavit, et diu negotium aut tractum, idest protractum est: aut, ut legitur in Pandectis Florentinis, tractatum est, nempe apud judicem appellationis. Tandem judex appellationis sententiam dixit, pronunciavitque recte prius judicatum esse, iniustam autem esse appellationem, ut est forma sententiæ ex appellatione: *L. reus, C. de appell.* de usuris autem intermedii temporis, quod priorem sententiam secutum est, nihil aperte
2 dixit. De his usuris quæritur, an judicati actione peti possint? Si sententia † judicis non continentur, jam dictum est, peti non posse. Est igitur in eo quæstio, an et de his judex appellationis superiore sententia judicasse videatur: ut sit non de jure quod certum est, sed de interpretatione sententiæ judicis quæstio. Scævola ait; *Respondit † se- 3
cundum ea quæ proponerentur, dandam esse utilem actionem.* Quo responso significat, judicem appellationis etiam de usuris intermedii temporis judicasse. Quæ res facit, ut et peti possint: ut tamen videatur judicasse, non verbis effici, sed mente, et sententia. Unde vult non directam judicati actionem esse, sed utilem. Non est judicati directa actio, quia deficiunt verba Edicti: quod dat actionem in pecuniam sententia comprehensam, ut dixi ad *L. miles. §. 1. supr. eod.* Sed est utilis: quoniam de usuris quoque hic sensisse judex intelligitur. Id autem ita fit. Qui dicit priorem judicem recte judicasse, vi ipsa hoc dicit, pecuniam omnem, quæ ejus judicis condemnatione comprehensa est, deberi, et ejus pecuniæ usuras: de usuris sequentis temporis nihil cavet. Sed intelligi debet, judicem appellationis, qui ita pronunciavit, quod æquum in persona prioris judicis pro tempore priore judicavit: id ipsum in eadem causa pro eo tempore, quo res apud eum acta est, æquum statuisse. Sed ex mente, inquam, et voluntate ejus hoc intelligitur, non ex verbis sententiæ. Hoc idem et de sententia hujus responsi Francisco Duareno placebat.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM D. DE CONFESSIS.

SUMMARIA.

1. *Confessi in jure pro judicatis habentur*, et seqq.
2. *Confiteri quid sit.*
3. *Confessus quis habeatur*, et seqq.
4. *Aliena confessio non nocet, nisi demandata nominatim, aut pro rata habita.*
5. *Tutores Curatores procuratores nisi mandatum habeant in eam rem, confessione domino non nocere, sed ipsos teneri.*
6. *Qua de re quis confessus, est de ea habetur pro judicato; sive de tota, sive de parte litis, sive de iis quæ litem consequuntur, fuerit confessus.*
7. *In jure confiteri quam habeat significationem.*
8. *Qui scripto confessus est aliquid se debere, sed indiscrete, et caussa non addita nihil agit.*
9. *Qui in scripto caussam expressit idoneam, etsi stare debeat asseverationi, potest instrumentis nihilominus confessionem suam infirmare.*
10. *Nisi quinque testibus adhibitis ac rogatis interroganti confessus fuerit se debere.*
11. *Quare ille habetur pro judicato dumtaxat, qui in jure confessus est, non ille qui extra.*
12. *Confessum esse pro judicato, non hunc esse judicatum; et hoc quale sit.*
13. *Quibus in rebus confesso cum judicato conveniat* et n. 18. et seqq.
12. *In quibus hic cum altero re discrepet* et seqq.
15. *Confessus conveniri non potest, nec ad solvendum compelli, nisi damnatus.*
16. *Eoque nihil interesse sive ante litis contestationem sive postea se debere fateatur.*
19. *Regula,* confessi habentur pro judicatis *generalis est, nec ullas admitti exceptiones;*
20. *Hoc quale sit, comparatione habita confessi cum judicato singillatim et plenius explicatur.*

1 Quo jure † judicati habentur, eodem jure sunt et confessi, qui in re pecuniaria confessi sunt, ex Lege duodecim Tabularum. Quo de utroque genere ita cautum est, Æris CONFESSI, REBUSQUE RITE JUDICATIS TRIGINTA DIES JUSTI SUNTO. Sic enim refertur fragmentum legis a Gellio. *Lib.* XX. *Cap.* 1. Sed jus de confessis apertius postea expressum est quadam oratione Marci Antonini Imperatoris in hæc verba, *Placere confessos in jure pro judicatis haberi.* Sic enim proditum est in *L. post rem. supr. de re judic. L. un. C. eod.* Inde regula in hac re pro lege et jure certo usurpata. Additum est, *id jure.* Itaque quot sunt loci sub hoc titulo, in quibus traditur, confessum pro judicato esse ut *L.* 1. *L.* 3. *L.* 6. §. 1. *et alibi:* in his omnibus hæc verba intelligenda sunt, *in jure*, ex supradicta oratione. De hujus legis interpretatione, et senten-

tia quæritur: in primisque an sit hoc jus perpetuum. Nos legis verba expendamus.

2 Ait lex, *Confessos*. Confiteri, ✝ et quod idem valet, fateri, auctori Varrone *Lib.* 5. *de lingua latina*, est fateri id, quod a nobis quæsitum est: id autem est, quod nobis obiicitur, quod intenditur ab aliquo, id lingua verum esse agnoscere. Ergo hoc qui agnoscit in jure, pro judicato est. Potest autem quivis agnoscere, et dicere, verum esse, quod intenditur, etiam qui id falsum esse sciat: multoque eltius is, qui putat rem ita se habere, ut dicit, quæ secus habeat: idest, qui in ea erret. Quare et illud verum est, fater eum, qui quid agnoscit, etiamsi in facto erret. Est enim fateri nudæ testificationis, et asseverationis, non voluntatis, et consensus. Alioqui nec qui jure errat, fatebitur: quoniam nullo modo consentit, qui errat, et imperitia fallitur. *L.* 2 *sup. de judic. L. si per errorem. sup. de jurisdict.* quem tamen fateri Ulpianus admittit in *L.* 2. *hoc tit.* Quod igitur ibidem ait, *Non fatetur, qui errat in facto*, sic intelligemus: vi ipsa et effectu non fatetur. Non enim habetur pro judicato. Non est autem, ut pro confitente haberi debeat ex sententia legis, qui pro judicato non habetur. Sed de definitione Ulpiani, et quæ sit ea sententia, dicam postea suo loco. Nunc de

3 verbo fatendi quæritur. Confessum ✝ accipimus, sive per se confessus sit, sive per alium.

4 Et per ✝ alium sine controversia confessus videbitur, qui ei mandavit nominatim, ut confiteretur: aut quod ille confessus est, ratum habuit, quoniam ratihabitio mandato comparatur. *L.* 1. *§. dejecisse. inf. unde vi.* Quid si de ea re nihil nominatim mandatum sit? Quantumvis generaliter rerum omnium administratio alieni mandata sit, nihil eo mandato de confessione contineri intelligitur. Administratio enim solum mandata est, cum qua pugnat, perdere. Porro confiteri est caussa cadere, eamque tradere adversario, idest, donare. Donare autem perdere est. *L. filius-*

5 *familias. sup. de donationib.* Hue illud ✝ est, quod Ulpianus scribit in *L.* 6. *§. sed cum ipsos, h. tit.* ut confessi videamur, et habeamur pro judicatis, non sufficere procuratores nostros, tutores, curatores fateri: nam neque procuratori omnium bonorum, qui absolute dicitur procurator noster, neque tutori, aut curatori hoc mandatur, ut fateatur nos deberes sed ut rem nostram administrent, non ut perdant. *L.* 1. *sup. de off. proc. Cæs.* Cæterum ipsi procuratores, tutores, curatores, qui de domino confessi sunt, suo nomine tenentur. *L. proinde, §.* 1. *sup. ad L. Aquil. L. si sine, § Celsus. sup. de interrog.* Nam et judicati, si se liti obtulissent, ex judicato tenerentur. *L.* 4. *sup. de re judic.* Est autem ✝ 6 observandum non adjecisse legem, qua de re quis confessus sit, et quatenus. Unde licet colligere, quod Ulpianus scripsit in *L.* 6. *§. sed etsi fundum, h. tit.* voluntatem esse hanc orationis, ut omne omnino, quod quis confessus est, pro judicato habeatur, idest, non tantum quod de re et lite tota quia confessus est, sed etiam quod de quavis parte litis. Unde ibidem colligit Ulpianus, si ex eo, de quo reus confessus est, alia necessario consequantur: judicem debere de his reum quoque condemnare: quamvis de his reus nihil aperte sit confessus. Nam et hoc adversus judicatum servaretur. Et ad id demonstrandum utitur exemplo actionis in rem, in qua si judex pronunciet, fundum tuum esse; consequens est, ut jubeat possessorem fundum tibi restituere; et nisi restituat, damnet ita, ut describitur in *L. qui restituere. sup. de rei vind.* Ergo, inquit, judici idem faciendum erit, si possessor fundum tuum esse confessus foerit: nihil autem aut de restitutione, aut de summa litis adiecerit.

In jure. ✝ Valet, apud magistratum, judicemve, apud quem de re agatur, in eo loco ubi juris dicendi caussa aut judicandi consistat. *L. voluit, sup. de interr. in jur. fac.* Id enim jus inter alia significat. *L. penult. sup. de just. et jur.* et intelligi hic judicem nimirum competentem, ut expressum est in *C.* 4. *extr. de judic.* his verbis intelligi debet. Si quis non apud talem judicem et in eo loco, ubi judicandi caussa consistant, aut non apud magistratum in jure fateatur se debere: ubicunque tandem id faciat quantumvis solemniter et testato, tamen hinc pro judicato non habendum: idest, non esse in ea caussa, ut aut confessio ei noceat, aut certe sine exceptione ei stare debeat. Si quis ✝ 8 scripto confessus sit debere, placet nihil agere confessione. *L. cum de indebito in fin. sup. de probat.* Si caussam ✝ adjecit, con- 9 stitutum est in *L. generaliter, C. de probat.* hunc quidem in re dubia stare debere asseverationi suæ: sed nominatim additur, licere ei confessionem suam ita infirmare, si aliis instrumentis doceat, rem non ita gestam esse, ut scriptum est. Et quod de eo dicitur, qui scripsit, idem de eo probandum est, qui testibus convincitur confessus esse: quoniam constitutum esse: quoniam constitutum est, in exercendis litibus eandem vim obtinere instrumenta et testes. *L. in exercendis, C. de testib.* Nisi ✝ quinque testibus adhi- 10 bitis ac rogatis interroganti alicui confessus fuerit se debere. ex *Novel* 90. Ita effi-

citur, hunc, qui alibi quam in jure confessus est pro judicato non haberi: cum si haberetur, non liceret ei ullo modo confessionem suam infirmare, uti nec judicato licet rem judicatam. *L. post rem. sup. de re* 11 *judic* Hoc loco non † inutiliter quæretur, cur potius habeatur pro judicato, qui in jure confessus est, quam qui extra jus uterque pariter de se confitetur: cur non ergo in pari caussa idem jus statuimus? Hoc quidem inter utrumque interest, quod alter coram magistratu aut judice id facit, alter seorsim a magistratu. Sed quid tandem ad rem facit præsentia magistratus? Ulpianus in *L. de ætate*, §. 1. *sup. de interr. in jur. fac.* confessum in jure teneri ait: *quia fides*, inquit, *ei contra se habebitur*. Qui minus etiam ei, qui de se palam et aperte extra jus confessus est, fides isto modo contra se habebitur? an quicquam locus ad fidem et auctoritatem confessionis pertinet? Plurimum vero pertinet. Et hoc est, quod inter utrumque interest; unde et jus natum est. Non enim si quis confitetur se debere, ideo continuo existimandus est verum et serio dicere: cum multa suadeant hominibus de suis facultatibus aut rebus aliter loqui, et prædicare, ac sese habeant: alias ut res ut facultates suas extenuando, celandoque vitent invidiam, quæ divitias sequitur: nonnunquam ut petentibus mutuum, et opem eorum implorantibus facilius et excusatius possint denegare, interdum ut importunos et molestos petitores hac confessione placatos dimittant, seque ab ipsis in præsentia liberent ne pergant molesti esse: postremo etiam ut his ipsis, quibus confitentur se debere, gratificentur, dum id agunt ut existimentur locupletiores esse, quam sint. Quæ cum ita sint, nisi aliqua caussa extrinsecus moveat, ut credamus eum, qui confitetur serio fateri, non necesse est, ut dixi existimari, rem ita se habere, ut confitetur. At hæc caussa, in eo, qui extra jus confitetur, nulla est: ubi neque locus, neque auctoritas ejusquam ejusmodi est, quæ cogat confitentem serio agere, nec patiatur eum simulare aut dissimulare impune Quod in eo qui in jure confitetur, secus est. Nam quoniam is in eo loco est, in quem hujus ipsius rei caussa vocatus, erat, ut de eo, quod falsus est, cum ipso ageretur, et agerel; præterea etiam jus et judicii fides, ac magistratus auctoritas id exigit, ne quid temere et frustrandi caussa faciat, aut mentiatur: haud dubie si quis de se confessus erit, non potest, quin existimetur serio de ea re confessus esse: sicuti agebatur, et res ac locus et magistratus auctoritas postulabat. Quod ut non fecerit: tamen vel hoc nomine putandus est fecisse, ne impune magistratui illu erit. Arg. *L. si quis ex aliena, sup. de judic.*

Ait, *Pro judicatis habentur.* Hæc vero diligenter videndum est, quid sit haberi pro judicato. Hoc enim intellecto: simul ab hoc jus sit perpetuum, an vero huic definitioni aliquid adjiciendum sit, quod interpretes fecerunt, intelligetur. Et primum † illud 12 animadvertatur, hoc dici, confessum pro judicato esse, non autem esse judicatum. Hoc eam vim habet, ut intelligamus confessos et judicatos re ipsa et genere dissimiles, effectum tantum et potestate eodem loco et conditione habere Itaque non erit mirum si inter judicatos et confessos aliquid interesse, et aliter cum judicatis, aliter cum confessis quibusdam in rebus agi legimus: tantumque aberit, ut inde quicquam fieri contra superiorem regulam existimari debeat, nisi aliquid addiderimos, ut vel hæc ipsa verba eam differentiam suadeant. Ergo inter judicatum et confessum interest, quod judicatus judicati actione convenitur, nec qui semel judicatus, idest, condemnatus est, amplius condemnari debet, ut teneatur judicati. In confesso utrumque contra; nam neque is judicati tenetur: et confessum placet a judice condemnandum esse, ut conveniri possit. Et confessum pro judicato † ha 13 bere, id significat, ita teneri in eo, quod confessus est, ut teneretur, si eo nomine judicatus esset. Quod duo continet: nempe nempe ut neque teneatur mitius, neque cursum durius: idest, sint ambo ita pari conditione ad obligationem, ut neque in eo, in quo judicatus tenetur, confessus sit dispari aut meliore conditione: neque in eo, in quo ille non tenetur, confessus sit in deteriore caussa. Ergo quæcunque sunt adversus judicatum, eadem valent adversus confessum omnia. Id an verum sit, videamus. Et quidem judicati hæc obligatio est. Qui judicatus est, solvere pecuniam debet, nec auditur, si postea dicat, se non debuisse, deque ea re quæri postulet. Vis est hæc rei judicatæ, ut ei sine exceptione standum sit; idem a confesso ita exigitur, ut nihil ad rem pertineat, utrum vere fassus sit se debere, an falso. *L. post rem. supr. de re judic.* Utque est eadem necessitas solvendi imposita utrique: sic eadem ab utroque exigendæ pecuniæ ratio. Adversus judicatum ni solvat, actio est, ut pignora capiantur, et distrahantur, unde victori satisfiat; adversus confessum eadem via executionis. *L. ult. C. de exec. rei judic.* Sed duo

14 convenire non videntur. Nam adversus judicatum judicati actio est. In confessum non potest esse judicati. si confessus judicatus non est, ut non est. Sed aut est æris confessi actio, aut, ut ex jurejurando, actio in factum ad similitudinem judicati actionis: quia jusjurandum vim habeat judicati. *L. actore, C. de jurejur. L. quia jurasse, in fin. supr. eod. tit.* Sic eadem ex confessione. Unde dicitur in *L. 6. in fin. hic.* confesso tempus ad solvendum dari non ex caussa judicati, sed quasi ex caussa judicati. Illud etiam dissimile: quod semel judicatus satis judicatus est, neque iterum damnari debet.

15 Confessus † autem etiam post confessionem damnandus est. *L. 3. l. 5. hic.* Nec recipio quorundam distinctionem, ut si reus post litis contestationem confiteatur se debere, condemnandus sit a judice: quia traditum sit, judicem de qua re cognoverit, et de ea judicare cogendum. *L. 4. de qua, supr. de judic.* facit *L. ult. §. item, C. de jur. propt. cal. dan.* Sin ante litis contestationem in jure forte apud magistratum, non sit damnandus: quia sine litis contestatione nullum sit judicium, ac proinde nulla sententia. Cum in *L. 3.* scribitur, confessum certum se debere, omnimodo damnandum: de confesso in jure intelligitur: nec distinguitur, utrum ante litem contestatam id factum sit, an postea.

16 Sed aperte † refellitur hæc distinctio. in *L. 5.* Nam cum illic dicitur, confessum condemnandum esse, *sive mortuus jam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit:* hæc verba, *sive mortuus jam Stichus erat,* necessario ita intelligenda sunt, si mortuus erat, cum reus confiteretur aut ante litem contestatam, aut tempore litis contestandæ. At utrumque tempus est, ante litis contestationem. Nam qui tempore litis contestandæ fatetur se debere, non contestatur litem, sed dirimit. Scio rem non carere justa dubitatione. Nam traditum est in *L. proinde, §. ult. supr. ad L. Aquil.* nullas esse partes judicantis in confitentes. Et constat, quæ in confitentem constituantur, aut pro confitente, non ex caussa judicati statui, sed quasi ex caussa judicati. *L. 6. in fin. hic.* quod declarat, confitentes non judicari. Sed hæc me non movent. his enim testimoniis efficitur, confessos non judicari, quod et verum est. Sed non ideo consequens est, confessos damnari non debere. Aliud est enim judicare, aliud damnare. Is judicat, qui prius caussam cognoscit diligenter, ac deinde cognita, condemnat, aut absolvit. *L. judices, C. de judic. L. ex stipulatione, C. de sent.* Hæ partes judicantis in confitentem nullæ sunt, quia adversus hunc nulla est caussæ cognitione opus; ut deinde de re judicetur: sed ut loquitur Papinianus in *L. tale, §. 1. supr. de pact.* nullo alio de caussa principali discusso, confessionem pro justa cognitione sequitur. Quamobrem adversus confessum vere dictum est, non esse judicati actionem. Is autem damnat, qui jubet solvere, quod sine alia cognitione fieri potest; ut adversus confitentem, de quo agimus. At enim sine litis contestatione nullum judicium est. Fateor: quia nullum judicium sine caussæ cognitione. judicium enim, et judicare conjugata sunt: sed non ideo judicium est, quia judex confessum damnat. At nulla esse potest condemnatio sine judice. Hoc vero falsum est, ut vel ex hac specie probatur. Quid enim prohibet, quo minus magistratus nullo judicio constituto cum reum confitentem audit, ita dicat: Ergo illud solve, sintque tibi ad solvendum tot justi dies?

Ergo in his † saltem duobus non eadem servari adversus confessos, quæ sunt adversus judicatos, apparet. Num igitur hæc videntur verbis orationis convenire, quibus sine exceptione cavetur, confessos haberi pro judicatis? Optime vero utrumque convenit, atque adeo ex verbis est: Nam ut de actione judicati prius respondeam, cum Oratio ait, confessos haberi pro judicatis, plane ostendit, confessum non esse judicatum; etsi effectu ita tenetur, ut judicatus. Alioqui ita dixisset, etiam confessus judicatus est. Et donatio caussa mortis dicitur per omnia esse instar legatorum; at revera non est legatum. Etiam jusjorandum pro judicio est. *L. tutor, §. 1. L. qui jurasse, in fin. supr. de jurejur.* nempe effectu: reapse judicium non est: alioqui non diceretur esse pro judicio, sed esse judicium. Oratio igitur confessionem et rem judicatam res diversas esse vult, et singularum rerum nomina distincta retineri: etsi ad vim et auctoritatem rei gestæ volt ista esse eadem. Vulto ergo ex re judicata, actionem esse judicati; ex confessione autem, confessi, aut in factum: certa judicati esse prohibet, quoniam actionum nomina sequuntur appellatione eorum negotiorum, unde nascuntur. Si negotia certis nominibus appellantur: etiam actiones inde proditæ, certæ sunt: Sin negotiorum nullum est certum nomen: actiones sunt incertæ, id est, præscriptis in factum verbis *L. 2. et 3. supr. de præscr. verb.* Quod autem attinet ad damnationem confessi, quam magistratui aut judici, apud quem confessio facta est, injungimus: hanc etiam verba orationis exigunt. Nam cum voluit confessum pro judicato esse: voluit etiam cum pro tali 17

haberi magistratui, apud quem confessus est; et prius magistratui, quam cæteris privatis; qui adversus alium vi statuere nihil possunt, nisi auctoritate magistratus. Sic autem fit, ut magistratus confessum pro judicato habeat, si illum eo loco habere se testetur: quod fit damnando, ut præstet id, de quo confitetur. In eo, qui judicatur, non est nova condemnatione opus: quia is satis pro judicato habetur a magistratu, cum ab eo judicatur. Ergo hic quoque confessus a judicato non discrepat. Non enim exigimus ut alterutes his condemnetur a magistratu: sed ut semel duntaxat.

Hæc de his, quæ sunt adversus judicatum,
18 dicta sunt. De his, quæ † statuuntur pro judicato, videamus. Et in his ipsis judicatum eodem jure, eadem conditione esse dicimus. Quod sic intelligi debet, non solum, ut cum judicatum valet, eadem debeant tribui confesso in executionis actione, quæ tribuuntur judicato: quod genus est ut confessus eadem tempora habeat ad solutionem. *L. 6. in fi. sup. eod.* sed etiam hoc modo, ut quibuscunque de caussis condemnatio judicatum non tenet: iisdem de caussis nec confessio noceat: ut sit per omnia confessus pro eo, ac si judicatus esset; nec plus valeat imago condemnationis, quam viva condemnatio. In hac † defi-
19 nitione sunt omnia, propter quæ et hoc titulo et alibi traditur, confessum non teneri. Quæ si quis pro exceptionibus superioris orationis accipit, ideoque plenius et pluribus verbis de confessis cavendum putat, quam superiore regula factum est, ne quid scilicet ei desit, nec quidquam ei repugnet (quod ab interpretibus factum est, extatque eorum interpretatio in glossa *L. unica de confess.*) is quid contineatur his verbis, *pro judicato haberi*, non satis intelligit. Sic enim reperietur, omnia, propter quæ confessum non teneri diximus, esse ejus generis, quæ si in sententia interveniant, judicatus non teneatur. Quo fit, ut si confessus non ultra teneri debeat, quam pro judicato, ob supra scriptas caussas vel ex verbis superioris regulæ teneri non debeat: quæ nihil amplius statuit in confessum, quam ut pro judicato habeatur. Ut ergo intelligere
20 liceat hæc ita se habere, age † proponamus breviter ea, propter quæ judicatus non teneatur: quæ quidem sunt ejusmodi, ut etiam confesso possint convenire. Ea sunt aut in sententia ipsa, aut in persona judicati, aut in persona adversarii. Sententia ipsa per se non valet, quæ aut sine certa re, et quantitate est. §. *jurare, instit. de offic. judic. et* Tit. *C. de sentent. quæ sin. cert. quant.* aut id imperat, et continet, quod natura præstari, fieri non potest. *L. pen. inf. quæ sent. sin. appell. rescind.* Persona judicati facit quominus teneatur, si minor est et indefensus, qui tutorem aut curatorem non habeat. *L. acta,* §. *ult. L. contra, sup. de re judic.* In persona adversarii est, ut sit præsens, cum judicatur. Alioqui nec sententia præsentem tenet. *L. de unoquoque, sup. d. tit.* Conferamus jam cum his confessionem, personam confessi, itemque adversarii. Jam plane intelligemus ob easdem illas caussas nec confessionem tenere confessum: neque id alia ex re fieri, quam quod ex superiore oratione confessus pro judicato esse debeat: idest, non deteriore conditione, quam is, qui iisdem vitiis intervenientibus judicatus esset. Ergo ex certitudine et incertitudine confessionis, idem de confessione traditur, quod de sententia, in *L. certum,* 6. h. tit. *Certum,* inquit Ulpianus, *confessus pro judicato erit; incertum, non erit.* idest, incertum confessus non erit pro judicato. Veluti si quis conventus de Sticho, confiteatur, se debere alterum tantum, aut Stichum aut Pamphilum: sed utrum, nescire. Aut si appellatus de re et quantitate certa, fateatur se rem debere: rem inquam, indefinite, non addita demonstratione speciei certæ: quæ exempla sunt quibus utitur Ulpianus in *d. L.* 6. *ver.* 1. Addit tamen Ulpianus ibidem, ne incerta confessio sit inutilis, urgeri debere eum, ut certum dicat: nempe an debeat, quod petitur, an non. Quid tamen si nolit reus fateri certum? puto, hæc erit pœna, quæ est constituta edicto de interrogationibus, ut pro confesso habeatur, ac proinde pro judicato. *L. de ætate,* §. *nihil interest, sup. de interr. in jur. fac.* Accipe jam de his, quæ confessione continentur. Nihil agit præceptum judicis, quod impossibile est, quodque est contra leges: ne confessio quidem. Ex hac ratione sunt illæ veterum sententiæ de confessione: falsas confessiones naturalibus convenire debere. *L. confessionibus,* §. 1. *sup. de interr. in jur. fac.* Et, in totum confessiones ita ratas esse, si id quod in confessionem venit, et jus et natura recipere potest. *L. si is cujus, sup. eod. tit.* Ad quod demonstrandum in utramque partem hæc exempla, quæ hoc titulo leguntur et alibi, referri oportet. Confessus qui, est se Stichum debere, qui jam tum in rerum natura non erat: natura is Stichus deberi non potest: unde dubitatur, an ea confessio quicquam egisset: Sed jure deberi potest etiam qui non est; quid enim si post moram periit. *L. nemo,* §. *ult. L. si servum,* §. *sequitur, D. de verb. oblig.* Unde placuit, confessum esse damnandum: quia

confessio Juri congruit. *L.* 3. *L.* 5. *h. tit.* At finge, nec juri, nec naturæ congruere: ea confessio non tenebit. Ut puta, confessus quis aliquem filium suum esse, sed eum, qui confitente major erat natu: quoniam non patitur natura hunc filium esse, confessio nihil nocebit. *d. L. confessionibus*, §. 1. Cujus generis et hoc est. Nam si cum actor contenderet, servum suum occisum esse, et diceret a me occisum, ego sim confessus me occidisse: si servus vivit, ego confessione non teneor. *L.* 4. *hic. L. unde Neratius*, §. *ult. sup. ad L. Aquil.* Etsi enim natura servum tuum occidere possum: tamen, si de hoc quæritur, non an occisus sit, sed an sit occisus a me: natura non patitur, ut, qui occisus non est, sit a me aut ab alio quoque occisus. Eadem ex persona confessi ratio. Contra minores indefensos tantum, aut curatorem non habentes sententia lata nullius momenti est. Nec isti si quid sine tutoris aut curatoris auctoritate confessi sint, ex confesso tenebuntur. Hoc enim est, quod ait Ulpianus in *L.* 6. §. *in pupillo h. tit.* In pupillo tutoris exigi auctoritatem ad confitendum: de adolescente nihil addit. Sed cum constet, adolescenti ad litem curatore opus esse. Tit. *de curat. in Instit.* consequens est, quicquid in lite et præsertim in jure egerit citra curatoris auctoritatem, nullius momenti esse. Addo, quod si confessio per omnia recte comparatur rei judicatæ, non debeat confessio ibi nocere, ubi res judicata non noceat. Non obstat, quod addit Ulpianus, *minorem a confessione sua restituemus.* Hoc enim de omni minore dictum est: sed hoc sensu, ut minor quamvis ex confesso jure civili cœperit teneri ideo, quia auctore tutore aut curatore confessus erit; nihilominus tamen a confessione sua restituatur. Quod jus in omnibus negotiis, quæ tutore auctore, aut curatore gesta sunt, perpetuum est. Tit. *C. si tut. vel cur. inter.* Restat id vitium, quod rei judicatæ adfert absentia adversarii. Id pertinet etiam ad confessos. *Si quis*, inquit Ulpianus, *absente adversario confessus sit, videndum nunquid non debeat pro judicato haberi:* quod significat, revera non haberi. Unde id confirmans, rationem, cur non debeat haberi, reddit: eam autem mutuatur a judicato: quia, inquit, *nec soleat quis absens condemnari. L.* 6. §. *si quis absente, h. tit.* Ergo in his confessus non tenetur. Sed, ut dixi, inepte facimus, si ne ista pugnent cum generali definitione, confessus pro judicato est, huic definitioni ea addenda putamus, quæ illam ab his objectionibus tueantur. Omnia enim verbis regulæ continentur; si modo satis intelligimus, quid sit haberi pro judicato, ut ostendi. Ergo jus hoc perpetuum est, recteque ita definitur, ut nihil adjicias amplius, *confessi in jure pro judicatis habentur.* Nam illæ quidem exceptiones, quæ verbis superioribus non excluduntur, quas tamen adjiciunt interpretes. in *L. unica, C. de confess.* penitus importunæ sunt: non solum, quia generali definitioni adversantur: sed etiam, quia sententiam falsam continent. Confessum nimirum pro judicato in his caussis non haberi: si minor sit: item, si in fraudem creditorum sit confessus; item, si homo liber se servum esse confessus fuerit. Nam minor quidem dicitur a confessione sua restitui, in *L.* 6. §. *minorem. h. tit.* sed hoc ipsum argumento est, minorem, qui confessus sit, pro judicato teneri: alioqui restitutione in integrum ei non esset opus. *L. in caussæ*, 2. *sup. de minor.* Si quis etiam in fraudem creditorum confessus sit debere, atque ita se obligarit, potest id factum a creditoribus revocari. *L.* 3. *inf. quæ in fraud. credit.* Sed vel hoc ipso rursum convincitur, obligationem confessione fuisse contractam, alioqui a creditoribus non revocaretur rescissoria actione Arg. §. *item si quis, Instit. de action.* Ad postremum, nemo, qui liber est, confessione sua servus efficitur: ut est recte constitutum. *L. parentes, L. liberos. C. de liber. caust.* Verum tamen, si quis in jure confessus sit, se ejus servum esse, etsi servus non sit: tamen confessio ei nocet inter easdem personas, inter alias non nocet. Itaque verum est, eum pro servo non haberi. Arg. *L. nam postea*, §. *ult. et L. seq. sup. de jurejur.*

Ad L. *Non fatetur.* 2.

Ulpianus *Libro LVIII. ad Edictum.*

Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit.

S U M M A R I A.

1. *Qui falsum confessus in facto erravit, pro confesso non habetur, nec adeo pro judicato, et quare*, n. 4.
   Secus si in jure erraverit, aut etiam sciens falso se debere dixerit. ibid. *et n.* 6.
2. *Exempla utriusque partis.*
3. *Contraria diluuntur et n.* 6. *et* 7.
5. *Propositæ h. tit. generalis definitionis L. hanc interpretationem esse verius, quam exceptionem.*

1 Ex omnibus ÷ tamen confessis, qui fal-
sum confessi sint, unus excipitur: is scili-
cet, qui in facto erravit. De quo ita scri-
bit Ulpianus in *h. L.* 2. *Non fatetur, qui*
errat, nisi jus ignoravit. Qui ex errantibus,
quos non fateri dixerat, solum excipit eos,
qui jus ignorantes in eo errant: hinc relin-
qui intelligitur alterum genus errantum,
quos dicat non fateri, nempe eorum, qui
in facto errant. Duo enim tantum sunt er-
rorum genera, facti, et juris, Tit. *de jur.*
et fact. ign. D. et C. Ut hoc dicere jam intel-
ligatur, solum eum qui in facto errat, et hoc
errore, quod non debet, se debere agnoscit,
non fateri. Quod sic interpretandum est,
non verbis (nam et hic hoc ipso, quod dicit
se debere, verbis fatetur) sed, si rem spectes,
non fateri: quia non fatetur utiliter: non
enim tanquam vere confessus ex suprascri-
pta regula pro judicato est, ut initio dixi,
id quod perinde habendum est, quasi fal-
2 sus non esset. Ne res exemplis egeat, ÷ utrius-
que partis proponam exemplum. Testamen-
to fideicommissum relictum est: sed postea
ademptum codicillis, qui codicilli ignoran-
tur. Heres appellatus de fideicommisso, in
jure prolatis tabulis testamenti agnovit, se
fideicommissum debere. Repertis postea co-
dicillis, dicimus eum nihilominus judicati
actionem recusaturum, aut repetiturum, si
quid eo nomine jam solverit: quippe in facto
erravit. Ignoravit enim quid postea a testa-
tore de fideicommisso cautum esset. Non idem
dicendum est si heres etiam codicillos esse
non ignoravit, quibus in fideicommissum
adimebatur. Nam si cognitis codicillis putat
etiamnum fideicommissum deberi, quia non
existimat fideicommissum adimi posse codi-
cillis, aut quia putat nullos esse codicillos,
nisi adhibiti quinque testibus, quia id jus
Romanum exigit ignorans jure municipii,
in quo versatur duos aut tres testes sufficere:
quorum utrumque secus, ac jus est, putat: quod
fit errore, et ignorantia juris. Cui sententiæ ÷ 3
non adversatur, quod in *L. error, C. de jur.*
et fac. ignor. dicitur, facti errorem, qui alias
non solet nocere tamen nocere, caussa deci-
sa. Etsi enim caussa alias, ut sententia judi-
cis, sic confessione deciditur, cum post utrum-
que nihil amplius quæratur: *L. post rem,*
sup. de re judic. tamen hic non deciditur,
ubi confessus in facto erravit: si verum
est eum, qui ita errat, pro confesso non
haberi, quod hic pro certo statuitur: nec
usquam diserte negatur. Sed cum jus scri-
ptum sit generaliter, confessus in jure pro
judicatis haberi, constetque id ita esse ac-
cipiendum, sive quis vere confessus sit se
debere, sive falso. Hoc amplius, cum non
dubitetur, quin judicatus teneatur, qui non
debuerit, quamvis putaverit se debere: et
confessus per omnia judicato comparetur:
qui fit, et unde hoc sumptum a veteribus
ut non habeatur pro judicato, qui in facto
erravit? Sumptum ÷ hoc est ex ratione et 4
sententia ejus juris. Ratio autem esse exi-
stimata est, quod qui confitetur, quodam-
modo voluntate et sententia sua damnetur.
L. 1. *h. tit.* quæ ratio non potest congruere
in eos, qui justo errore ducti fatentur ali-
quid esse, quod non est. Nam si error non
habet consensum: perfecto isti nec hoc
sentiunt, quod dicunt, nec volunt ita esse,
ut affirmant, aut se eo dicto teneri, nedum
damnari. Ut verbis legis hi quidem teneantur:
sententia non teneantur. Itaque, si ÷ verum 5
amamus, ne hic quidem ejus juris exceptionem
esse proprie quis dixerit: si quidem id ex
lege quaque habendum est, non tantum quod
est ex verbis: sed etiam quod est sententia.

L. nominis, §. ult. inf. de verb. signif. Quod si ita est: ne hæc quidem species confessi impediet, quominus recte dicamus, omnes omnino confessos pro judicatis habendos: dummodo ii sint, quos lex intelligit, qui sententia sua quodammodo damnentur. Sic igitur hæc interpretatio legis potius, quam exceptio. Interim ut Ulpianus in *d. L.* 2. suprascriptis verbis confessum, qui in facto errat, excipit de sententia legis, ne is pro judicato habeatur: ita regulam juris in cæteris confirmat, ut pro judicatis habeantur omnes, sive scientes se non debere, fateantur se debere: sive errore et imperitia juris id faciant. Quorum tamen utrumque in quæstionem vocatur: nec vero satis explicatum est vulgo, quid statuatur de utroque, ut sunt nonnulli alii eadem de re scripti loci in speciem dissentientes, ac præcipue *L. penult. hic.* De quibus nobis judicandam
6 est. Et quidem † in eo, quod dicimus eum, qui sciens falsum de se est confessus, omnino teneri, ut si judicatus esset; sunt qui adversari putent *L. is qui se obtulit, et seq. supr. de rei vindicat.* in quibus scriptum est: si quia confessus sit, se rem possidere, quæ vindicatur, eum non teneri quasi se liti obtulisset, si neget ante litem contestatam se possidere. Idemque dicendum esse, etsi neget post litem contestatam, si modo actor ipsum non possidere sciverit. Sed non erat judicio meo, cur hic locus moveret Bartolum, et cæteros, ut novas de hac specie cuderent distinctiones, quo rem quasi valde impeditam expedirent. Apparet enim ex suprascriptis Jurisconsultos non loqui de eo, qui in jure confessus sit. Res igitur dubia ex jure certo explicetur: ut si quidem nihil amplius quam confessus sit se possidere, non ideo teneatur, quasi liti se obtulisset, si illa intervenerint, quæ supra diximus. Sin id confessus sit in jure, tum vero plane teneatur, non tanquam qui se obtulit liti; sed tanquam qui pro judicato habeatur: aut teneatur etiam confessione sua ex edictu de interrogationibus: quod ita esse apparet ex *L. 4. supr. de interrog.* Cave enim putes quicquam referre, quæ vulgaris distinctio est, utrum ces, de qua reus confessus est, pertineat ad præparationem caussæ, an ad decisionem, ut hic reus habeatur pro judicato, illic non habeatur. Non ita est. *subsequi*, inquit Ulpianus hoc titulo, *prætor voluntatem orationis divi Marci debet, et omne omnino quod quis confessus est, pro judicato habere.* In † altero, quod erat de eo, 7
qui jus ignorans confessus est, se debere, quod non debuit, quem diximus pro judicato haberi non secus, quam si jus non videtur quicquam caussæ esse, cur illum ab eo, qui in facto erravit, distinguamus eum teneri. Id autem effici videtur illa regula Papiniani, qua cavetur, etiam juris errorem in damnis amittendæ rei suæ omnibus non nocere. *L. error. supr. de jur. et fac. ign.* Etenim, ne erremus, cum reus confitetur se debere, quod non debuit, idque ab eo exigitur, agitur aperte de damno rei ejus non amittendæ: laborat enim in eo, non ut rem repetat quæ alterius facta sit: sed ne eam, quam adhuc habet, cogatur solvere. Et qui tentant confessum in jure ab ea regula excipere, ipsis verbis Papiniani aperte refelluntur. Ait enim, *omnibus juris error non nocet*, idest nulli nocet. Sed non est, cur exemplo confessi moti metuamus affirmare, juris errorem in damnis amittendæ rei suæ nulli nocere. Cum enim concesserimus hunc errorem etiam ei, qui in jure confessus sit, non nocere: non ideo efficitur, hunc pro judicato non teneri. Tenetur enim; sed ita ut in ea re noceat ei non error juris, sed ipsius confessio. Quod inde liquet: quod si putaret, tantum se debere, neque id in jure confessus esset, non teneretur. Nunc autem ideo teneri incipit, quia et confessus est, et confessus est in jure. Videndum tamen, ne huic errorum et ignorantiæ distinctioni adversetur responsum Africani in *L. pen.*

Ad L. *Cum fideicommissum.* penult.

Africanus *lib. V. Quæstionum.*

Cum fideicommissum peteretur, heres confessus est debere: arbiter ad restituendum datus comperit nihil debere: quæsitum est, an possit absolvere? respondi posse. Interesse tamen qua ex caussa nihil debeatur. Nam si ob id quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolvere. Si vero quia testator forte solvendo non erat, aut quia heres æs omne solutum esse apud prætorem dixerat: et cum controversia, et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit: salvo officio eum absoluturum. Has enim partes ejus esse, ut si incomputatione nihil inveniatur, possit absolvere: sed ex superiore casu ad prætorem remittere debet, ut absolvatur.

S U M M A R I A.

1. *Species hujus legis.*
2. *An hæc alterutri parti distinctionis in superiori lege expositæ adversetur.*
3. *Dubitandi ratio, ac solutio.* et n. 4.
5. *Quare is qui in facto errans fideicommissum se debere confessus est, non possit a judice ad restituendum dato absolvi. ubi hic comperit, nihil deberi.*

1 In quo ita proponitur. † Heres confessus est, se fideicommissum debere; cujus generis exempla paulo ante pluribus proposui. Is ex confessione conventus, cum diceret aut bona non esse solvendo, ideoque nihil esse, quod deducto ære alieno pro legatis præstetur: aut si ratio solutorum inibitur, constitutum se fideicomissum integrum jam solvisse: deque ea re quærere ur: judex ad hanc restitutionem datus est. Quærit Africanus, si judex compererit nihil deberi. an possit absolvere. *Interesse ait, qua ex caussa nihil debeatur.* Nam si ob id. quod nullum fideicommissum fuerit; non debere eum absolvere; si vero quia nihil sit in bonis, aut jam solutum sit, salvo officio absoluturum.
2 Id † responsum videtur ejusmodi, ut non possit, quin alterutri patri suprascriptæ distinctionis Ulpiani de errore juris et facti
3 adversetur. Nam si † loquitur de eo Africanus, qui in jure erravit, dici debuit, hunc nullo modo absolvendum: sin de eo, qui erravit, in facto hic vero absolvendus fuit omnimodo, si vero est Ulpiani distinctio. Et †
4 dicendum est. Africanum agere de eo. qui juste errans, idest, in facto, confessus est se debere; postquam is, quem proponit, in ea caussa est, ut velit eum vel a judice dato, vel a prætore absolvi. Quod autem ait, hunc a judice dato absolvi nun debere: in eo non mutat, quod prius dixerat: hoc enim non de jure confessi respondet, sed de judiciis dati potestate. Ipsum confessum vult absolvi debere a prætore: ad quem ait, eum remittendum esse. ut absolvatur: ut intelligamus hoc congruere cum sententia Ulpiani, qua definit, errantem in facto pro judicato habendum non esse. Sed † negat Africanus 5
hunc esse absolvendum a judice dato. Cur ita? quia judex ad restitutionem fideicommissi datus, solum ad computationem patrimonii, ac fideicommissi, et eorum, quæ eo nomine soluta sunt, datus est. De hac igitur ratione recte, et, ut loquitur Africanus, *salvo officio* judicaverit. Non etiam datus est, ut cognosceret de fideicommisso, an relictum es et, necne. Proinde nec de ea re recte pronunciaverit: quippe ad officium ejus et potestatem non pertinet. Ultra enim, quam in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest. *L. ut fundus, supr. comm. divid.* Itaque responsum Africani aperte eandem distinctionem confirmat.

Ad L. *Non omnimodo.* ult.

Paulus *lib. IV. ad Sabinum.*

Non omnimodo confessus condemnari debet ejus rei nomine, quæ an in rerum natura esset, incertum sit.

SUMMARIA.

1. *Quando quis de re, quæ an sit in rerum natura incertum est, confessus condemnari debeat, aut secus.*
2. *Titulum de confessis in* Pand. et Cod. *ad caussas dumtaxat pecuniarias pertinere.*
3. *Diversum jus obtinere in reorum de crimine confessionibus, et hoc quale.*
4. *Duplex diversi juris caussa et ratio; et quæ utraque.* et seq.

1 Hoc jure de errantibus constituto, † intelligitur, quid sit quod dicitur in *h. L. ult.* non omnimodo confessum condemnari debere, ejus rei nomine, quæ an in rerum natura esset, incertum sit. Quid enim si is confessus sit se debere, qui moram in re debita non fecit: ignorans autem eam decessisse, atque ita se esse liberatum, se debere eam rem sit confessus? Iam diximus in facto errantem, si sit confessus, pro judicato teneri non oportere: quasi nec confessum. Itaque si deinde quæritur, an ideo hic non teneatur, quia res desierit esse in rerum natura, dicemus nihilominus teneri. *L. 4. L. 5. supr. eod.* Sin quia confessus mortem rei ignoravit: contra erit, ut hoc loco.

2 Et hoc quidem † in rebus privatis, id est pecuniariis proditum jus est, ut statim ab initio proposuimus. Id sciendum est ad caussas criminales non pertinere. Animadvertendum est enim legem XII Tabul. quæ de hac re loquitur, de ære, idest, de pecunia tantum cavisse, et rescriptum Antonini, quod extat de hac re sub Tit. *C. de confess.* ad creditorem privatum pertinere, quem jubet solvere. Et si extaret Oratio divi Marci de hoc genere, de re tota facilius esset judicium: sed
3 non est laborandum. Extant † enim constitutiones, quibus diserte cautum est, confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat. *L. 1. §. divus Severus 2. infr. de quæstion.* Neque vero † difficile est hujus differentiæ rationem explicare. Versatur enim in criminibus periculum majus. Agitur enim non pecunia, sed periculum capitis, aut famæ et existimationis. Recte Ulpianus in *L. 1. §. sed et si quis supr. de Carbon. ed.* magis consulendum esse his ait, quibus gravius periculum intenditur. Et hoc quidem humanitas postulat. Sed si propius velimus attendere, † reperiemus, non tam æquitatem hoc jus, quam necessariam quandam rationem ex potestate confitentis sumptam expressisset ut etiam si humanum non sit, tamen constituendum fuerit. Quid enim agitur in caussa civili et pecuniaria, ut reus pecuniam præstet, rem videlicet juris sui, et propriam. Quid autem in criminibus? ut corpus pœna plectatur, aut etiam laboret fama. Hoc vero non est in jure et potestate rei. Nemo enim dominus est membrorum suorum; ut vere a veteribus constitutum est. *L. Labeo supr. ad L. Aquil.* Aliud namque oportet esse id quod habet, et aliud, quod habetur. Sic fit, ut de pecunia, ut de re sua, quivis damnatione sua constituere, possit pro jure suo. *L. In re mandata, Cod. mand.* de pœna corporis non possit: nec de ea statuens sit audiendus, ne si velit quidem. 4 5

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM DIGESTORUM DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Quid contineat hic titulus, et quæ sit ejus utilitas: in primis de obligatione verborum, de ejus caussis, deque æquitate hujus obligationis constituendæ, tum de ratione nominis.

SUMMARIA.

1. *Ex contractu obligationes aut re, aut verbis aut literis, aut consensu contrahi.*
2. *Obligationum, quæ re, quæque consensu contrahuntur, vario genere.*
3. *Earum, quæ verbis aut literis contrahuntur uno caussa*
4. *Literis quomodo obligatio contrahatur, quomodo item verbis,*
5. *Verborum obligatio eadem, quæ verbis dicitur contrahi.*
6. *Verborum obligatio quid sit.*
7. *Verborum obligationis una caussa Stipulatio, nec plures.*
8. *Jurejurando liberti munus, donum, opera patrono se præstaturum jurantis: item dotis dictione obligationem verbis non constitui.* et n. 10.
9. *Coii locus suspectus.*
11. *Cur ex stipulatione, idest, ex verbis sit obligatio.*
12. *Solemnem verborum conceptionem in stipulatione recte Symbolum vocari.*
13. *Æquitas hujus obligationis constituendæ.*
14. *Quam recte ex verbis, esse dicatur obligatio, quæ etiam ex consensu nascitur.*
15. *Tituli hujus summa, partes et utilitas.*

De generibus et caussis obligationum, quæ
ex contractu nascuntur, nota est divisio tra-
dita cum in *L. 1. supr. de obl. et act.* tum
sub. Titulo *Instit. de obl.* et deinceps se-
1 quentibus titulis exposita: † obligationes
nimirum quæ ex contractu sunt, aut re con-
trahi, aut verbis aut literis (hoc enim mem-
2 brum addidit Justinianus) aut consensu. † Et
eas quidem quæ re contrahuntur, itemque eas
quæ ex consensu, variis ex generibus nasci
contractuum: in illo genere enim esse depo-
situm, commudatum, pignus, et similes: in
hoc emptionem et venditionem, locationem et
3 conductionem, societatem, mandatum: † eas
autem quæ verbis, aut literis contrahuntur,
unam habere caussam singulas, ex qua na-
scantur. † Etenim literis contrahi obligatio- 4
nem uno modo, nempe scriptura et confes-
sione, cum quis scripsit se pecuniam acce-
pisse, quæ numerata non est, neque intra
tempus legibus constitutum de pecunia non
numerata quæstus est *tit. de lit. obl.* verbis
item contrahi ex interrogatione et responsio-
ne, idest, stipulatione. *Instit. de verb. obl. in
princ. et d. L. 1. § verbis, supra, de obl. et
act.* Hæc divisio atque descriptio generum
obligationis facile nos docet, quod de inscri-
ptionis hujus significatione et potestate initio
statuendum est, et quæ sit ea quæ hic dici-
tur verborum obligatio, et quæ verba, seu

quam caussam intelligere, intelligere hic de-
5 beamus, ex qua illa nascatur. † Ac primum
facile intellectu est, si qua sit in his generi-
bus obligatio verborum, eam esse quæ in su-
periore divisione dicitur verbis contrahi ; et
vero hæc ipsa est, quod vel titulus ipse In-
stitutionum, qui est de hoc genere, satis o-
stendit; nam qui titulus constitutus est de
ea, quæ verbis contrahi dicebatur, is inscri-
ptus est de verborum obligationibus. Sic li-
terarum obligatio dicta, quæ contrahitur li-
teris, Titulo *de liter. oblig.* sic alibi empti
et venditi obligatio, quæ ex emptione et ven-
ditione; locati et conducti, quæ ex locatione
et conductione nascitur; et jurisjurandi etiam
obligationem dicimus, quæ contrahitur ex
jurejurando liberti in *L. ut jurisjurandi su-
pr. de op. lib.* Jam vero si quæritur, quæ hic
verba intelligamus, ibidem expositum habe-
mus; verba nimirum intelligimus *stipula-
6 tionem:* † verbis eam obligationem contrahi
quæ contrahitur interrogatione et responsio-
ne, cum unus stipulatur, quod alter promit-
tit, ut est apud Justinianum in *d. tit. de verb.
oblig.* id est in summa stipulatione, qua is
qui interrogatur, daturum aut facturum se
id quod interrogatus est, respondet. *L.* 5. §.
stipulatio, infr. eod. Hoc est, cur sub hoc ti-
tulo, et illis qui plures in institutionibus de
hoc genere disserunt, unam fere quæstionem
et tractationem esse videmus de stipulatione;
scilicet, quia stipulatio hujus obligationis
caussa sit, qua posita etiam obligatio statua-
tur; nulla autem aut inutili stipulatione
constituta, non possit obligatio, qui effectus
7 est, intelligi. † Quod si quæratur hoc etiam,
pluresne sint hujus obligationis caussæ, quam
stipulatio, idest, utrum aliis quoque modis
contrahitur obligatio verborum, quam stipu-
latione: id quoque ex ea descriptione gene-
rum quam indicavi, non difficile intelligi
potest. Non enim aliter quam stipulatione
obligationem verbis contrahi traditum est,
cum in *dict. L.* 1. §. *verbis, supra. de obl. et
act.* tum sub titulo *de verb. obl. in Institu-
tionibus.* Quibus tamen locis de hoc genere
ex professo agitur, pudendo omnino, atque
adeo non ferendo errore: si qua alia caussa
esset, ex qua nasceretur verborum obligatio.
Ea enim aut nusquam exponi debuit, aut
certa his titulis debuit, qui de hac parte
ex professo constituti sunt, et in quibus hoc
maxime quæritur, quo modo verbis obligatio
8 contrahatur. † Quæsitum tamen est hoc loco,
num et jurejurando, quo libertus jurat se
munus, donum, operas patrono præstaturum
item dotis dictione obligatio verbis consti-
tuatur: nam bis quoque modis constitui scri-
ptum legimus *Lib. 2. Institutionum*, quæ Caii
nomine circumferuntur. In quo si quæritur,
quod de eo apud veteres olim observatum
sit: quoniam res a memoria nostra remotior
est, quam ut certo sciri possit, neque ullo sa-
tis certo et bono auctore nititur, in rimedio
relinquam. Neque vero multum refert, ver-
bis olim ita contrahi solita sit obligatio, an
non sit, si nunc alio jure utimur. † Mihi 9
quidem illud Caii nan abs re suspertum est.
Nam si simpliciter jurans libertus se munus,
donom operas præstaturum, patrono obliga-
batur; non potuit dici obligatio nasci ex
verbis, si res solemnitatem verborum nullam
haberet, nisi forte ubicunque paciscendo ho-
mines verbis et sermone utuntur, ibi et ver-
bis obligationem nasci dicimus, ut quæ ex
pacto nuncupato obligatio est, ea verbis con
trahi dici debeat. † Quod si verbis conceptis 10
et solemnibus jurabat libertus, atque ita ob-
ligabatur, non aliter: tamen ne sic quidem
dici debuit nasci obligatio ex verbis, sed ex
jurejurando; verba enim solemnia ei pro-
missioni cum aliis multis contractibus et
negotiis communia erant; jusjurandum pro
prium, quo nimirum accedente libertus ob-
ligaretur. Ac jusjurandum quamvis verbis
solemnibus conceptum, nihilominus erat jus-
jurandum, et tanquam jusjurandum obliga-
bat. Obligatio igitur ex jurejurando, non ex
verbis. Ut enim in stipulatione quamvis
ea constet consensu et verbis, tamen obli-
gationem ex verbis nasci dicimus non ex
consensu; quia consensus est illi cum aliis
contractibus communis, verba autem ejus
propria, ex quibus et nomen habet: sic et
obligatio liberti, qui jurejurando obligatur,
ex jurejurando, quod ejus obligationis pro-
prium est, nasci dicenda est, non ex verbis.
Et quidem aperte jurisjurandi obligatio ap
pellatur ab Ulpiano in *L. ut jurisjurandi,
supra de oper. lib.* Idem in *L. et per jusju-
randum, infr. de accept.* libertum jurantem
se præstaturum operas, per jusjurandam ob-
ligari ait. De dictione dotis, probabilius dici
potuit eum qui dotem solemnibus verbis di-
ceret, si obligaretur (ut obligari solitum
colligitur ex *L. ult. C. Theo. tit. de dotibus*)
eum, inquam, qui id faceret, verbis obligari:
cum non obligaretur sine verbis nudo con-
sensu; solemnibus autem verbis accedenti-
bus continuo obligaretur. Sed de jure et mo-
re vetere in his usitato nihil affirmabo, quan-
do est incertius, neque multum, ut dixi, ad
rem pertinet: hoc dico, si de eo jure quæri-
tur, quod ex constitutionibus in usu est, et
literis nostris continetur, nullam videri in
his duobus generibus inesse verborum obli-

gationem. De dictione seu pollicitatione dotis dubitari non debet, cum ab Arcadio et Honorio sublata sit in hoc genere omnis solemnitatis verborum necessitas, et res eo deducta, ut quovis modo quis dotem se daturum pactus sit, non dico sine solemnibus verbis, sed etiam omnino sine verbis, is de dote obligetur. *L. ad exactionem. C. de dot. promis.* Non potest igitur dici verbis contrahi ea obligatio, quæ verba non habet, aut certe non desiderat ad vim et substantiam obligationis: non magis, quam eas obligationes verbis contrahi quisquam dicit, quæ ex consensu, aut pacto solo nascuntur. *L. 4. supr. de pign. Inst. de oblig. ex cons.* De obligatione ex jurejurando nata potest dubitari propter *L. et per jusjurandum. infr. de accept.* in qua Ulpianus ita scribit: *per jusjurandum liberti interpositam operarum obligationem, per acceptilationem tolli verius est.* Hoc cum dicit, simul eam verbis contrahi significare videtur, si modo verum est, quod traditur (1) de acceptilatione in §. *item per Inst. quib. mod. toll. oblig.* hoc genere nimirum tantum eas solvi obligationes, quæ ex verbis consistunt. Ego autem superiore illo loco probari putem potius, obligationem liberti jurantis verbis non contrahi: ait enim Ulpianus *verius esse*, quasi de re dubia, et de qua aliis aliud videatur, aut certe possit videri. Unde intelligimus hoc eum sensisse, non fuisse quidem eam obligationem, quæ ex verbis nasceretur: alioqui sine hæsitatione dicturus erat eam obligationem utpote verbis contractam acceptilatione tolli: sed verbis tamen solemnibus constitisse, ut posset dubitari num propter verba, quæ desiderat, verbis quoque contrariis solemnibus, idest, acceptilatione tolli potuerit: quod ille putat esse verius. Et certe non dicitur in *d. §. item per*, acceptilatione tolli tantum eas obligationes, quæ verbis contrahuntur, sed *quæ verbis consistunt.* Quod sic interpretandum est, quæ sine verbis solemnibus non consistunt, seu quæ verba desiderant. Non tamen id efficit, ut obligatio ex his contrahi videatur, cum ad verba accedere oporteat jusjurandum; ex quo dici debet obligatio oriri: unde et ab eodem nominatur obligatio jurisjurandi, ut supra dixi. Atque hæc quidem ita recte dicuntur, etsi fateremur etiam nunc obligationem illam liberti contici interposito jurejurando solemnibus verbis concepto, ut fortasse conficiebatur temporibus Ulpiani. Nunc autem jusjurandum liberti quibuscunque verbis præstitum sufficere ad obligationem operarum, sublatis videlicet verbis solemnibus, ex eo intelligi potest quod nihil amplius ad banc obligationem requiritur, quam jusjurandum in iis locis, qui scripti sunt de hac obligatione liberti, ut *L. ut jurisjurandi, supra de oper. lib. L. si quis pro eo; infra de fidejuss.* Et sane si a stipulationibus solemnitas verborum recededere justa est constitutionibus, et constitutum, ut quibuscunque verbis compositæ, sint, valeant: *L. omnes, C. de contr. stip.* quanto magis id valere debet in jurejurando adversus libertum, quo is obligetur patrono, cui etiam natura quodammodo operas debet. Quo constituto etiam nunc recte dicetur illud, quod ex Ulpiano supra retulimus, et per jusjurandum ita interpositam operarum obligationem, per acceptilationem tolli verius esse: non quod ea obligatio nunc verbis consistat, ut ante: sed quod verba ita abire jussa sint, ut ea res induceret obligationem magis, non eam infirmaret: quod fieret si per acceptilationem tolli, ut ante, non posset. Ergo tolletur, quia verbis olim constiterit: ut hac in parte etiam nunc id jus videatur manere. Et hoc est, videlicet, quod cum sub titulis de verborum obligationibus, tum in Institutionibus, tum in Pandectis agatur de bis obligationibus, quæ verbis contrahuntur, nulla tamen omnino fiat aut jurisjurandi istius, aut dictionis, sive pollicitationis dotis mentio. quod certissimo argumento esset debet in his obligationem nunc quidem verbis non contrahi. Nam quod præcipue animadvertendum est, Titulus hic *de verb. oblig.* latissime patet, estque omnium qui sunt in Pandectis, prolixissimus. Atqui ut quis totum evolvat, tamen ne unum quidem apicem de obligatione liberti, aut de dictione, vel pollicitatione dotis in toto titulo reperiet, imo ne tenuissimam quidem significationem, qua quisquam de his generibus possit suspicari, quod certe futurum non erat, si hæc genera ad verborum obligationem pertinerent; cum et illa mansisse, et de iis aliis quoque titulis jus proponi constet. Nam cum in dividendo aliquod genus prætermittere maximum est vitium: tum vero ubi ex professo de ge-

(1) Sed resistit expresse *L. 8. §. 3. D. de acceptilat.* Potest tamen pro Don. *ad d. L. 13. pr.* responderi ita tolli operarum obligationem si prius per Aquilianam stipulationem novata fuerit *Lib. 4. de transact.* uti omnium aliorum contractuum. Ratio autem dubitandi specialis facile reddi potest tum quod jurisjurandi religio veram non fictam impletionem requirere videatur obligatio illa liberti cum et ad operas sine eo naturaliter sit obligatus.

nere aliquo, et quidem plurali numero dicere constitueris, ibi alia conquirere quæ vel mediocriter ad ejus generis explicationam faciant, species autem ejus ommittere præcipuas, ferendum non videtur. Maneat igitur, ut nunc jus est, unam esse verborum obligationis caussam, stipulationem nimirum, atque hinc solum verborum obligationem oriri; libertum jurantem patrono se præstaturum operas sine verbis solemnibus, obligari patrono ex jurejurando: atque adeo, etsi verbis solemnibus hoc idem fieret, non tamen aliter obligari, quam ex jurejurando; eum autem qui dotem dicat hodie, seu polliceatur, sic consensu obligari, ut obligatio nascatur ex pacto, certe non ex verbis. Quapropter et de una stipulationis caussa in his titulis recta tractari, atque ideo et nobis quærendum esse sciendum est. Interim hoc relinquitur in stipulatione saltem caussam proponi, ex qua verbis obligatio contrahatur, quæ et verborum obligatio appellatur. Quorum utrumque potest habere disputationem; proinde nobis breviter
11 attingendum videtur. † Nam quod ad obligationem attinet, certi juris est ex pacto, idest, ex consensu et conventione sola obligationem non nasci. *L. jurisgentium*. §. *sed cum nulla, supra de pact.* Quod si stipulatio accesserit, idest, verba, res confirmatur, inquimus, et Jure civili actio nascitur. §. *de constituta. Inst. de action. L. divisionis, supra de pact.* Aot recte prius illud de consensu et pacto constitutum oun est, dixerit aliquis, aut propter verba quæ intervenerint jus mutari non debuit. Nam, ut alibi quoque scripsimus, quid verba de re mutent? quod si mutatis verbis nihilominus eadem res et sententia est; etiam jus quod prius fuerat de eadem re, idem esse debuit, alioqui leges imponentur verbis, non rebus: quod Justinianus merito pro absurdo habuit. *L.* 2. *in fi. C. com. de leg.* Et fatendum est, si verba tantum sint ad consensum declarandum comparata, quibuscunque tandem verbis res exprimatur, semper rem eandem, eundem consensum esse, eoque ut in eadem re etiam jus idem statui debere. Sed in stipulatione verba quæsita sunt, non quibus solum sensus mentis exprimerentur, sed quibus declararetur potius, quidquid hic promitteretur, in eo præmeditionem animi et judicii certitudine fuisse. Nam præter verba adhibita est ea solemnitas conceptionis, quæ nos de illis non sineret dubitare. Post conventionem de re aliqua creditor futurus hoc amplius coram interrogat reum, num velit dare aut facere id de quo convenit: reus contra id stipulanti promittit verbis interrogationi subservientibus. Non dubitaverunt veteres, eos qui id fecissent, ista congeminatione at solemni conceptione ad tentandam et exprimendam voluntatem aptissima quasi nota et symbolo quodam satis testari se præmeditate et certo consilio ad contrahendam obligationem accessisse. † 12
Non enim video, cur conceptionem stipulationis, eam magis ad notandum et probandum judicium animi, quam ad consensum verbis exprimendum adhibeatur, non recte symbolum cum Franc. Duareno vocemus, neque enim ideo ita vocari non debet, quia adhiberi eam necesse fuerit. Nam et ad testamenti antiquorum adhiberi oportebat æs et libram, neque eo minus ea symbola recte dici confitemur. Sed de verbo non laborabimus, dum constet, quod jam dixi, hanc solemnem formam verborum magis ad attentionem et præmeditationem judicii declarandam, quam ad voluntatem promittendi significandam adhiberi. † Porro 13
valuit semper hæc sententia inter omnes veteres, dum de voluntate et judicio promittentis constaret, nihil esse æquius, quam ea quæ inter aliquos placuerunt, servari. *L.* 1. *sup. de pact.* hoc judicium cum intelligi, ut dixi, in stipulatione statuissent, ideo ex ea ut ex certo consensu actionem dederunt. Hac solemnitate detracta, quia in reliquis conventionibus et pactis nudis nihil de consensu cujusque, nisi ex verbis et more hominum usitato probatur, id secuti sunt veteres, quod in moribus hominum usitatum esse experientia comprobavit, quid quid ita pactum conventum esset, id ex levitate magis at ostentatione, quam judicio et certo consensu proficisci consuesse, ideo etiam ex eo, quod tantum pactum esset, actionem esse noluerunt: non qui sine stipulatione paciscitur, interdum non serio consentiat, et velit obligari, sed quia id raro fiat. Jura autem ad ea aptari scimus, quæ frequenter et facile eveniunt, non ad ea, quæ raro *L. nam ad ea, supra de legib.* Sed cur dicitur verborum obligatio ver- 14
bis contrahi, quæ ex stipulatione nascitur, cum stipulatio non minus consensu constet, quam verbis? *L. continuus*, §. 1. *infra eod. L.* 1. §. 1. *supra, de pac.* Sæpe alias monui, et hoc loco dicendum est, quia res postulat, cum obligationem dicimus re contrahi, aut verbis, aut literis, aut consensu, omnia hæc indita esse unicuique generi, non ex eo quod omnium commune erat, sed ex eo quod erat proprium cujusque, et quo ab aliis discerneretur. Omnium contra-

ctuum communis est consensus: nullus igitur ex eo quod consensum requirit, ex consensu esse dicitur. Sed hoc proprium est quorundam, ut consensu solo perficiantur: inde dicuntur ex consensu, ut sit ex consensu solo, nihil nisi ex consensu; quidam præter consensum aliquid desiderant, quod sit ipsorum proprium, alii rei interventum: quidam verba: nonnulli literas. Inde aut re contrahi dicuntur, aut verbis, aut literis: sic tamen ut eo quod proprium est cuique attributo, non eo minus in singulis id, quod commune erat, relinquatur. Hactenus de verborum obligatione quid sit; unde nascatur, seu quas caussas habeat; cur ex stipulatione, idest, ex verbis sit obligatio; et quam recte ex verbis esse dicatur, quæ etiam nascatur ex consensu: quæ omnia ad inscriptionis explicationem pertinere mihi visa sunt. Nunc de summa tituli, deque utilitate pauca dicam. † Agitur hoc titulo de verborum obligationibus, in quo hoc quæritur, quando sit ea obligatio, et nata cujusmodi sit, seu quam vim habeat. Sic autem ea obligatio futura est, si sint verba, ex quibus nascitur, idest si sit stipulatio, et ea utilis: nam inutilis perinde est, quasi interposita non esset. Ita fit, ut duas partes contineat hæc de verborum obligationibus quæstio: unam de stipulatione, quæ obligationem parit: alteram de obligatione quæ inde nascitur, quorum utrumque hic titulus complectitur. De stipulatione quæritur, quid sit, et quibus rebus constet, ac perficiatur; tum quæ ejus genera sint, in quo de utilibus et inutilibus stipulationibus agitur, necesse est enim omnem videri inutilem, in qua quid eorum deest, quæ ad ejus substantiam pertinent. Obligationis vis in eo est, ut norimus, quid, quantum, quando debeatur, et quod debetur si non solvatur uti oportet, quæ sit in ea cessationis pœna, quæ omnia hoc titulo copiose, ac veluti ex professo explicantur. Vel hinc constare potest, quanta sit hujus tituli utilitas, nam stipulationis quidem usus est necessarius; et is quo vita hæc carere non potest. Quoniam enim ex pacto actio Jure Civili non nascitur, et tamen multis in caussis sine re, ac literis obligationem constitui est opus, eo necesse est aut in his non contrahi obligationem, aut certe ad obligandum promissorem stipulationem adhiberi. Fidejussoribus hæc vita in contractibus indiget, et hi sine stipulatione non constituuntur. *L. blanditus, C. de fidejus.* Multis de caussis expedit obligationes veteres finiri, et transferri in alias nuvas, id pacto non fit, efficitur stipulatione. *L.* 1. *L.* 2. *infra de novat.* Usuras pecuniæ creditæ sæpe nobis præstari volumus, ac sine his pecuniam non crederemus. Porro in strictis judiciis usuræ ex pacto non debentur; at ex stipulatione debentur. *L.* 3. *C. de usur.* Postremo multæ quotidie res incidunt, quas cupiamus nobis constitui promissione ejus, qui eas nobis præstare velit in præsentia. Stipulatione id consequemur; pacto nequaquam: atque isto modo pacta nuda omnia stipulatione adhibita confirmantur. *L. divisionis, supra de pact.* Sed hic stipulationis usus est, neque is progreditur longius; at illa patent latissime, nec tantum contractus cæteros, sed etiam obligationes omnes attingunt, quæ de rebus ad stipulationem pertinentibus, deque obligatione verborum hic tractantur. Etenim quæ de consensu stipulationum, de personis, de rebus promissis, de sine stipulationis hic dicuntur, omnia sunt fere cum aliis contractibus communia. Illa etiam omnium obligationum, quæ de effectu stipulationis, idest, de obligatione, et de mora explicantur: ut uno hoc in titulo reperire liceat, quod semel de omnibus cognoscatur.

Ad L. *Stipulatio.* 1.

Ulpianus *Libro XLVIII. ad Sabinum.*

Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente. Et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt, nec absens quidem: quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum præsentem stipuletur, et acquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis obligari velit jubeat: et erit quod jussu obligatus.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio quid.*
2. *Proprium stipulationis.*
3. *Quatuor res ad conficiendam stipulationem necessariæ.*
4. *Stipulatio non nisi utroque loquente conficitur.* et n. 7.
5. *Mutus et infans stipulari nequeunt.*
6. *Infans Jure Civili quis.*
8. *Stipulatio quæ non est, interdum contracta fingitur.*
9. *Surdus et absens non recte stipulantur.*
10. *L.* 58. D. de don. int. vir. et ux. *explicata.*
11. *Mutus, surdus, absens per servum recte stipulantur: per eundem promittendo obligantur.*
12. *Infans per servum non recte stipulatur: servus tamen stipulando infanti acquirit.*
13. *Infans per servum promittentem non obligatur.*

NON est obligatio verborum, nisi ex verbis, idest, ex stipulatione: proinde de hac obligatione quærenti ante omnia de stipulatione, quid sit et quibus rebus conficiatur, constituendum est hinc initium hoc loco a stipulatione.
1 † Ea sic definitur in *L.* 5. §. *stipulatio*, infra eod. *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet.* In quo cætera quæ ad eam definitione pertinent, eo loco commodius notari poterunt.
2 † Id quod proprium est stipulationis, quod positum est: scilicet in interrogatione et responsione, pluribus exsequitur hoc capite Ulpianus.
3 † Decet autem in summa hanc conceptionem interrogationis et responsionis, quam in stipulatione requirimus, quatuor rebus constare ad conficiendam stipulationem necessariis. Ex quibus duæ ad utrumque contrahentium pertinent: una, ut et qui rogat, et qui respondet id faciat verbis, et sic uterque loquatur: altera, ut uterque alterum exaudiat. Duæ pertinent ad respondentem: primum, ut respondeat illico; tum ut respondeat ad interrogationem convenienter. Priora duo posita sunt in principio. Tertium in §. 1. *in extremo.* Quartum in § *si quis simpliciter*, eodemque et §§. *sequentes* referuntur † *Stipulatio*, inquit, *confici non potest, nisi utroque loquente.* Recte: non 4 enim sunt verba, nisi in his, qui loquuntur. Nunc autem dicitur stipulatio conceptio verborum, sed et hoc quod dicitur fieri stipulationem, cum unus rogat et stipulatur, alter stipulanti respondet, idem significat, neque enim interrogat, neque respondet quisquam proprie, nisi verbis: si quis id facit literis, is aut scribere dicitur, aut rogare quidem vel respondere, sed hoc adjuncto, per literas. † Ex eo efficit; quod est in 5 promptu, eos qui loqui non possunt, stipulationem contrahere non posse: qualis est mutus, et infans. De muto idem traditur in *L.* 1. §. *ult.* supra *prox. tit.* et §. mutum, *Inst. de inut. stip.* de infante in *d. L.* 1. §. *penul. L. mulier, infra eod.* et §. *pupillus, Inst. de inut. stip.* Notandum de infantis verbo, infantem quidem dici eum, qui fari et loqui non potest. *L.* 1. §. 1. *supra de adm. tuto. L. servo.* §. *si pupillo*, *supra*

ad Trê. ut verbi ratione is non sit infans natura, qui eadem natura fari potest. Sed quia natura incertum id est, quando fari possit, definita res est Jure Civili, ut infantia æstimetur non usu et facultate loquendi,
6 sed ætate, † ergo jure is habetur et definitur infans, qui minor est septem annis, etiamsi expeditius loqui possit. *L. si infanti, C. de jur. delib.* et ideo quod scribitur in *d. L. 1. §. penul. supra prox. tit. in L. servum infr. rem pup. sal. fo.* eum qui loqui potest, et stipulari et promittere recte posse: ad hanc definitionem revocari debet, ut intelligamus eum, non qui natura fari possit, sed qui jure existimetur id posse facere, id est, qui septimum annum excesserit: ne contra hunc locum et definitionem superiorem incipiat dici infantem et stipulari, et
7 promittere recte posse. † Si stipulatio verborum conceptio est, si non est stipulatio nisi ex interrogatione et responsione, perspicuum est vere in universum dici, stipulationem non posse confici, nisi utroque loquente, ac ne lege quidem ulla, imo ne natura quidem effici potest, ut exsistat sine verbis ea res, quæ natura sua verbis conficitur. An non igitur contraria videtur *L. 1. §. 1. C. de rei uxo. act.* qua lege Justinianus mulieri ad repetitionem dotis actionem ex stipulatu constituit, etiam tunc ubi nulla interrogatio et responsio intervenit? minime: confirmat potius,
8 quod hoc dicimus. † Cum enim vult perinde haberi, quasi stipulatio intervenisset, fatetur non fuisse stipulationem re vera, ubi nulla interrogatio aut responsio fuit: sed vult nihilominus stipulationem intercessisse videri, recte videri, non esse. Ita non hoc effecit, ut stipulatio illic esset, quod cum verba deessent facere non potuit: sed ut cum non esset stipulatio, tamen esse videretur; quod illi fingere potuit, neque hoc loco negamus. Eodem hoc loco Ulpianus et illud alterum de stipulatione statuit, opus esse in ea interrogatione et responsione, quam diximus, ut alter alterum exaudiat: idest, et audiat, et sic audiat, ut etiam intelligat, quod posterius declarat in extremo hoc capite. Hoc ille colligit ex priore, at recte: frustra enim verba desiderantur in stipulatione, nisi intelligantur: sed et stipulatio ita verbis constat, ut constet etiam consensu. *L. continuus. §. 1. infra eod.* hic nisi inter eos, quorum alter alterum intelligit, esse non potest. Hinc rursum et illud consequens esse ait, eos qui non audiant, stipulationem contra-
here non posse: † quo in numero sunt sur- 9
dus, et absens. De surdo plura in *d. L. 1. §. ult. supra prox. tit. de absente, in §. item verborum, Inst. de inut. stipul. L. 3. C. eod.* Non (1) confirmatur absentis stipulatio in *L. ea, quæ, supra, de don. int. vir. et uxo.* etsi proponitur illic stipulatio concepta esse in epistola, et stipulatio pro justa habetur.
† Licet enim de eo loco respondere duorum 10
alterum, aut epistolam illic significare cautionem inter præsentes interpositam, ut sæpe alibi hoc verbum usurpari possumus observare, et Duarenus annotavit *Lib. 1. Disp. Cap. 45.* aut si quis contendat illic epistolam absenti esse missam, intelligi debere antea inter præsentes interpositam fuisse, ut est lex et conditio stipulationis, idque etiam eo loco confirmari, quia non quæratur, an stipulatio valuerit; sed an ejus conditio exstiterit, sitque stipulatio commissa, quod significat sic de ea consuli, ut de ejus viribus non dubitetur, sed pro justa et utili accipi debeat, quod non aliter fit, quam si prius inter præsentes sit interposita, testata autem deinde absenti per epistolam.

Ait, si quis igitur ex his vult stipulari.)
† Quod mutus, surdus, absens per se facere 11
non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, ut qui stipulationem contrahere non possunt, ut supra dictum est: id per servum tres hi possunt efficere, si quid eorum illum facere jubeant; jubere autem possunt vel nutu, vel per nuncium, vel per epistolam. Quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquiret, qui etiam nullo domini jussu præcedente acquireret, atque adeo acquireret invito. *L. servus vetante, infra eod. §. item vobis, Inst. per quas pers.* Si quid servus jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussu. *L. 1. supra, quod cum eo. L. 1. supra, quod jussu.* Sed hæc, inquam in muto, surdo,
absente recte dicuntur. † Neutrum horum 12
ad infantem, pertinet, etsi enim Ulpianus ita scribit, *si quis ex his*, quibus verbis

(1) Nec tempore firmatur absenti facta, si ex ipso instrumento constet quod inter absentes contracta Vasq. 2. *ill. contr.* 64. *n.* 26. Sed obst. *L.* 57. *de don. int. vir.* Resp. Hopper. *Lib.* 3. πειθανῶν *pag.* 100. ibi mulierem non contraxisse suis litteris stipulationem, sed contractam cum servo, qui interrogaverat, ut solet, perscripsisse marito. Don. noster ad *L. v. C. h. t. n.* 10. per litteras eam probari, si inter præsentes interposita. Nec *in d. L.* 57. quæri an stipulatio valuerit, sed an conditio exstiterit. *Add.* Hotoman. 7. *Obs.* 10. Charond. 1. *verisimil.* 21.

omnes de quibus prius locutus erat, continentur, in quibus erat et infans: tamen videndum est, quid adjiciat. Ait, *si quis ex his stipulari velit*, aut promittere; hæc vero infanti non conveniunt; nam neque velle infans creditur non magis quam furiosus *d. L. 1. §. ult. supra pro. tit. §. pupillus, Inst. de inut. stip.* neque stipulari aut promittere per servum; quia prius est, ut per servum ea facere velit, quam ut per eum stipuletur, aut promittat. Sane servus infantis stipulando infanti acquirere potest: acquiret vero et sine ullo jussu, atque adeo sine cujusquam auctoritate. Nam qui invito domino acquirere potest, multo magis acquiret ignoranti, proinde et infanti et furioso. *§. sui autem, Inst. de here. quæ ab intest. defe.* Sed isto modo servus stipulatur per se, non infans
13 per servum, de quo hic agitur. † Quod ad promissionem attinet, præterquam quod infans per servum promittere non potest, qui velle aut jubere non potest, ut servus promittat: hoc amplius existimo nec eum per servum obligari posse, quocunque auctore aut jubente servus infantis promittat. Si tutor ipse promittat, infantem obligare non potest, se enim daturum promittit, non infantem, et si infantem promitteret daturum, inutiliter factum alienum promitteret; quare nec servus quamvis tutore auctore promittens infantem dominum obligabit. Denique ex contractu servi dominus non tenetur in solidum, nisi de in rem verso, aut quod jussu. Si quid in rem infantis versum sit, non tenetur, quia vel ipse per servum, vel servus per se promiserit; sed quia in rem infantis versum sit: ae futurum esset, ut sine ulla promissione eo nomine teneretur. *L. 3. §. §. 2. supra, de in rem ver.* Jussus in infantem non cadit. Ita fit, ut infans nec sua promissione obligari possit, nec alterius cujusquam. Servo quidem infantis hereditas restitui potest tutore auctore, ut scriptum est in *L. servo, §. si pupillo, supra ad Treb.* Sed hoc eo fit, quia de re ei acquirenda agitur, etsi per consequentiam ipse obligetur hereditati: unde illic dicitur infanti in eo esse subveniendum, ut ita illi hereditas restitui possit. Sed et ibidem scriptum est, infantem heredem institutum, tutore auctore, pro herede gerere posse, aut si de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posse. Sed hoc eo receptum esse pro utilitate infantium, quia de hereditate eis acquirenda, seu de eorum commodo agatur, vel hinc intelligi potest, quod nemo idem diceret, si solum de obligando infante ageretur, ut in promissione accidit: certi enim juris est, infantem nec per se, nec tutore auctore promittentem obligari posse. *d. L. 1. §. ult. supra prox. tit. §. pupillus, Inst. de inut. stip.* Quamobrem non recte exemplum hereditatis, aut bonorum possessionis per tutorem infanti acquirendæ ad promissionem transfertur, in qua solum de infante obligando agitur.

Ad §. *Qui præsens.*

Qui præsens interrogavit, si ante quam (sibi) responderetur discessit: inutilem efficit stipulationem. Sin vero præsens interrogaverit, et mox discessit, et reverso responsum est: obligat. Intervallum enim medii temporis modicum non vitiavit obligationem.

SUMMARIA.

1. *Summa §.*
2. *Stipulationem inter absentes non contrahi.*
3. *Modici temporis intervallum vitiat stipulationem.*
4. *Ratio cur stipulationis actus debeat esse continuus.*
5. *Longius intervallum in hoc tractatu quid.*
6. *Actus contrarius.*
7. *Lectio L. continuus, infra h. t.*

1 Agitur † hic de duobus stipulatoribus, quorum uterque præsens præsentem interrogavit, et non exspectata responsione discessit; sed alter sic discessit, ut aut ei omnino non responderetur, aut responderetur, cum jam discessisset, id est, absenti: alter sic, ut mox discederet, et reverso responderetur, in quibus verbis postremis illud mox, quod præcessit, repetendum est, ut sit sensus: mox discessit, et reverso mox responsum

est. quod significat. dum ait postea. modicum intervallum non vitiare obligationem. Prior inutilem facit stipulationem, inquit: scilicet, quia sive ei responsum non est, nulla est stipulatio sine responsione: sive responsum est, responsum est absenti. absens non contrahit stipulationem, ut initio capitis
2 scriptum est. † Declarat hoc exemplo Ulpianus stipulationem inter absentes contrahi non posse: non solum si interrogatio et responsio simul in absentes mutuo directæ sint; sed etiam si altera duntaxat. Et quidem si interrogatio directa sit in absentem, quamvis postea præsenti responsum sit, nihil agi ea verborum conceptione scriptum est in *L.* 3. *C. de cont. stipul.* At idem valet vice versa, ut si contra directa sit interrogatio in præsentem, sed absenti responsum, inutilis sit stipulatio. quod hic indicatur: atque hæc de priore stipulatore. Posterior ille ex duobus propositis stipulatoribus, qui mox discessit, et cui mox reverso responsum est, obligare dicitur promissorem; nempe quia et præsens præsentem interrogavit, et præsens præsenti promisit, videbatur obstare
3 intervallum medii temporis; † sed quia non (2) fuit longum, ideo Ulpianus ait non vitiari stipulationem. Hoc loco statuit tertium illud quod initio hujus capitis dixi pertinere ad vim stipulationis, ut qui respondet, illico respondeat; aut si respondet ex intervallo, non longum sit intervallum. cujus rei hæc ratio redditur, quia continuus actus esse debeat stipulantis et promittentis. *L. continuus, infra. eod.* † Sed cur actus 4
continuus? quia aliqui non videatur unus esse actus stipulationis, sed plures; quod naturæ stipulationis adversatur. quæ ut una conceptione constat, sic uno actu perficitur. Sed et si quis longo post intervallo respondeat, incertum fit, an stipulator prius ab interrogatione sua destiterit, neque vero sola promissio constituit stipulationem. Longius
† intervallum quod stipulationem vitiat, est 5
aut cum postero die respondetur: *L. si ex duobus, infra. de duo. re* aut respondetur quidem eodem die, sed cum actus intervenisset stipulationi contrarius. *L. duos, § ult. infra, de duo. reis.* Quare modicum intervallum, et id quod stipulationi non obstet, id esse definiemus. cum eodem die responsum est nullo actu stipulationi contrario
intercedente. † Actus contrarius hic intelli- 6
gitur, non tantum qui instituitur contra id negotium, de quo quis interrogatus erat: sed etiam diversus et alienus a negotio. unde qui interrogatus ad alia negotia discessit, eum placet non obligari. quamvis illis negotiis peractis responderit. *d. L. si ex duobus, in pr. infra. de duo. re.* Et hoc est quod dicitur in *d. L. continuus, infra. eod.* nihil prodesse. quamvis interrogatus eodem die respondeat, si aliud cœperit † sic enim manifestum est legendum esse, non ut in Pandectis Florent acceperit; ut sit sensus, si aliud agere incœperit, pro eo quod est in *d. L. si ex duobus,* si ad alia negotia discesserit.

(a) Diss. Walt. 2. *misc.* 21. volens temporis intervallo nec brevi nec longo stipulationem vitiari. Imo, inquit, potius per hoc validior obligatio. Responsio enim ex intervallo facta, magis deliberata, fortius adstringet *L.* 22. *C. ad Vell.* Hoc probare *d. L.* 1. §. 1. ubi legendum non ut vult *modicum* sed *medium* (quomodo et Florentini Pand. habent) Ad *d. L.* 137. Resp. Walth. ibi *momentum* non significare tempus, sed actum naturæ, idest exiguum aliquid quo homines inter agendum occupantur. Id non vitiare stipulationem: Secus si alius actus interveniret, magis serius. Ad *L.* 12. *pr. de duob. reis* Resp. illic non vitiari stipulationem ob intervallum temporis, sed ob alia negotia, quæ intervenerant. Sed nihil Resp Walth. ad *d. L.* 6. §. *ult.* Et si, cum ad alia negocia disceditur, stipulationem vitiari fatetur Walth. quomodo longum intervallum non vitiabit, cum credibile certe sit et usus vitæ communis, rerum magister, doceat homines plerosque non desides manere, sed negotia subinde agitare. Reliquis occurrit Gud. *C.* §. *Concl.* 2. ubi et alia circa hanc rem expedit. Nihil vero nocet si impertinentia nec ad rem facientia verba promissor intericerit vel responsioni immiscuerit ut, *Arma virumque cano. Spondeo L.* 65. *pr. h. t.* Multis enim usu venit ut interim dum deliberant ac animo consultat, verba aliena proferant, deinde ex attenta cogitatione verba fundat. A. Gentil. 1. *Lect.* 12. *Curt.* 3. *Conj. ad Viv.* 12. Nec tantum hoc obtinent si usu quodam ac consuetudine soleat qui respondit ei verba sermoni interserere; sed etsi loco. Non recte Sc. Gentil. 2. *Parerg.* 17. hoc casu mendosam esse stipulationem sentit. Quod minime probat *L.* 3. §. *ult. de O. et A.*

Ad L. *Si quis ita interroget.*

Si quis ita interroget, dabis? et responderit, quidni? is utique in ea caussa est, ut obligetur: contra, si sine verbis annuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit, et ideo recte dictum est, non obligari pro eo, nec fidejussorem quidem.

SUMMARIA.

1. *Congruens responsio ad stipulationem conficiendam necessaria, in re et sententia verborum, non in verbis et forma conceptionis posita est.*
2. *Vis hujus verbi QUIDNI.*
3. *Qui interrogatus annuit, nec civiliter nec naturaliter obligatur.*
4. *An in annuentis consensu pactum sit.*
5. *Cur non ut inutili acceptilationi, ita, et inutili stipulationi pactum insit.*

Ingreditur Ulpianus quartum illud, quod ad stipulationem conficiendam necessarium esse diximus, congruenter nimirum responderi oportere, hoc enim sic expressit in §. *ult.* Id autem sequentibus §§. exsequitur usque ad finem capitis. Hoc vero loco videtur definire exemplo, quid sit hoc congruenter respondere. Nam cum ait, *si quis ita interrogatus* (sic enim legendum esse apparet, non *interroget*, ut in Pand. Flo. cum nemo in stipulatione idem interroget, et respondeat) si quis, inquam, ita interrogatus, dabis? responderit, (3) *quidni?* eum utique in ea caussa esse, ut obligetur: ubi tamen verba responsionis a verbis interrogationis diversa esse apparet, veruntamen vim et potestatem esse eandem, ac si interrogatus, dabis? respondisset, dabo: nimirum
1 declarat hoc se sentire. † ut quis congruenter ad interrogatum respondisse intelligatur, positum esse in re et sententia verborum, non in verbis et forma conceptionis; qui re et sententia idem respondet, hunc convenienter respondere; et ideo obligari, etsi aliis verbis respondeat, dum verba eundem consensum exprimant: veluti, si in rei quæ promittitur, aut personæ appellatione varietur, verbo tamen utrobique eandem rem significante: quæ definitio est *L. quæ extrinsecus. infra. eod.* quod et in exemplo hujus loci alio
modo accidit. † Nam qui respondet, *quidni?* 2
non solum ostendit se velle dare, sed etiam ratione hoc confirmare videtur, cum significat nullam esse caussam, cur nolit. Eadem sententia confirmatur in *L. Blanditus, C. de fidejuss.* Interim ne quis hoc ita acciperet, quasi quodvis factum ad voluntatem significandam, aptum satis esset ad responsionem, eoque ad stipulationem contrahendam; Ulpianus alio exemplo docet, qualiacunque verba sint ad consensum exprimendum, verba saltem semper se requirere. Et ideo etsi ad consensum declarandum idem valet nutus, quod verba: tamen qui interrogatus, dabis? sine verbis annuerit, eum obligari negat. Scilicet constat stipulatio consensu: sed constat maxime et præcipue verbis, idest, interrogatione et responsione, unde et verborum conceptio dicitur, et quæ inde obligatio nascitur, eo dicitur verborum obligatio, seu verbis contrahi. † Et quidem eum, qui interrogatus annuit, civiliter non obligari certum est, non enim potuit obligari, nisi aut stipulatione, aut pacto. Si stipulatio esset, potuit Jure Civili obligari. §. *de constituta. Instit. de actio.* sed hanc non contrahi effectum est.

(3) Duar. et Cujac. *ad L. 5. h. t.* Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 3. Vid. Goed. *C.* 4. *Concl.* 3. Diss. DD. vulgo. Gravius juris imperitia errat (ut sæpicule solent viri cætera docti, sed in aliis quam nostris auctoribus versatiores) Jan. Guilielm. *QQ. in Plauti Asinar. C. ult.* scribens stipulationum formulas conceptas fuisse per verba. *Si, sive, ni, nive,* quæ qui perperam adhibuerat, eum actione cecidisse. Nam istarum vocularum nec nisi in conditionalibus stipulationibus usus ullus esse potuit. Nec quicquam retulit quomodo conciperetur conditio, cujus usitatæ quidem fuerunt quædam formulæ, non tamen necessariæ, cum imo et sine verbis induci possit, Vid. *supra Lib. Civil. Comment. XV. C.* 11. *n.* 3. 4. *et* 12. et eam voluntas faciat, non sermo *L. 4. de his quæ pæ. ea.* Cujac. 14. *Obs.*

De pacto potuit dubitari, an inesset in hoc quasi utriusque consensu. Sed etsi quis id pactum esse concederet: tamen ne sic quidem is, qui annuit, obligaretur Jure Civili: quoniam hoc jure ex pacto actio non nascitur. *L. jurisgentium.* §. *sed cum nulla, supra. de pac.* Non obligatur igitur citra controversiam, ut dixi, civiliter, qui its annuit. Sed an obligatur saltem naturaliter, idest, ita ut quamvis ex eo assensu non sit adversus eum actio; tamen si ex ea caussa per errorem solutum sit, solutum repeti non possit? id enim naturalis obligatio significat, *L. naturales. supra. de obl. et act.* Ulpianus ait adeo eum qui interrogatus (4) annuit, non obligari, ut nec naturaliter obligetur: ideo non obligari pro eo ne fidejussorem quidem, utpote omni obligatione remota, cujus speciem aliquam subesse oportet, ut pro alio fidejussor obligetur. *L.* 1. *L.* 6. *et seq. infra, de fidejuss.* Non temere est, quod Ulpianus, cum negasset eum qui annuit, obligari, adiecit adeo id verum esse, ut nec naturaliter obligetur. Est enim id de quo non immerito potuit dubitari. Nam si in hoc annuentis consensu pactum est; sine dubio obligabitur naturaliter is, qui annuit: quippe ex pacto etiam usuras naturaliter deberi scriptum est in *L.* 5. §.
4 *Imperator, infra, de sol.* † Nunc autem hic pactum esse multis modis probari videtur. Primum, si est duorum in eandem rem consensus, pactum est, sic enim pactum definitur. *L.* 1. *supra, de pac. L.* 3. *infra, de pollic.* Atqui hic consensum esse natus interrogati efficere videtur. Qui annuit, vult et consentit non minus, quam qui eloquitur, unde fideicommissa relinquuntur nutu. *L. nutu, supra. de leg.* 3. nutu hereditatem mutus adit, et hereditati obligatur. *L. servo,* §. *si pupillo, supra, ad Treb.* Quid restat igitur, nisi ut pactum esse dicamus? Tum autem de acceptilatione inutili hoc magno consensu receptum est, si quis interrogatus, an acceptum ferat, annuerit, in (5) inutili acceptilatione inesse pactum: *L. an inutilis. inf. de accep. L. si unus,* §. *penul. sup. de pact.* Quidni igitur et in inutili stipulatione, ubi interrogatus annuit, idem probemus? nam utrumque pariter verbis perficitur. Ad hæc duplex defensio est, primum non semper eum qui stipulationis caussa interrogatus annuit: velle obligari: deinde etsi velit, non tamen ab eo, qui interrogavit, esse consensum, ideoque nec unquam hic pactum esse. Si is qui interrogatus est, loqui potest, et cum scire stipulationem sine verbis non contrahi, nihilominus annuit: Ulpianus idem existimat eum, qui id fecerit, nec consensum paciscendi habuisse, ne si de acceptilatione quidem interponenda agatur. *d. L. an inutilis, infra, de accep.* Multo magis idem dicturus, si agatur de conficienda stipulatione: cum constet nos ad liberandum faciliores esse debere, quam ad obligandum, *L. Arianus, sup. de prox. til.* Atqui etsi homo imperitus juris annuat, aut is qui aliud facere non possit; quantumvis hic nutu declaret se velle dare id, quod interrogatus est, non ideo tamen hic pactum esse dixeris, nisi et is qui stipulatur, consenserit, ut pactum esset, non enim solius annuentis promissio et voluntas pactum est, sed duorum placitum et consensus, promittentis, et ejus cui promittitur. *d. L.* 1. *supra, de pac. L.* 3. *supra. de poll.* Porro qui stipulatur quid ab alio, non est hoc animo, ut paciscatur, proinde nec paciscitur; ratio ab eodem Ulpiano reddita in *L.* 1. §. *eum qui, sup. de const. pec.* Ita fit, ut ex sententia stipulantis inutilis stipulatio nunquam pactum habeat. † Neque vero recte stipulationi com- 5

(4) Vacon. 5. *Declar.* 69. *et* 71. Si forma, ait, absit effectus nullus produci potest et conventio manet, uti materia informis. Ex pacto obligatio naturalis, quando contrahentes inire volunt pactum nudum. Sic si quis testari voluit, etsi 5. testes adhibuit, non valet illius dispositio jure codicillorum. Diversæ enim illæ species et actus agentium non operantur ultra illorum intentionem. Cæterum nulla necessitas, ut in *d.* §. 2. negatio interseratur, urget ut legatur *non tantum non civiliter*, ceu Coras. *ibid. et* Pius Anton. Bartolin. *Auctar. C.* 55. Nam negatio postposita *nec* servit loco quoque præcedenti, Rob. 1. *Rec. Lect.* 33. Et hic loquendi modus: *non solum*, vel *non modo, pro non solum non* ipsique Tullio frequens. Loca congessere Brodæ 8. *Misc.* 14. *et* Muret. 10. *Var. Lect.* 7.

(5) Ut Cujac. *ad d. L.* 1. §. 2. et fere Anton. Fab. *ad L.* 27. §. *pen. de pact.* In stipulatione ait et acceptilatione duo requisita, voluntas et solemnitas; voluntas sola sufficit ad pactum liberatorium, non ad obligatorium. Male vero Goth. *in not. d. L.* 8. lectionem Galoandri *consensum* pro *contra sensum* præfert, Florentinæ inconcinnum quoque sensum adfingens. Nam regula off. etiam in *L.* 27. §. *pen. de pact. L.* 19. *de acceptil.* et exc. neg. *nisi alia mens partium.* Non vero regula neg. except. aff. *nisi partes expresse hoc egerint.* Sic enim vere resisterent *dd. LL.* quæ cum Flor. Lect. *d. L.* 8. optime consentiunt. Vid. et Gœd. in *L.* 177. *de V. S. n.* 1. Vasq. 3. *contr. usu freq.* 58. *n.* 36. *et seq.* Hieron. Torniell. in *d. L.* 1. §. 3. *n.* 2.

paratur acceptilatio. Si quis interrogatus, an acceptum habeat, annuat tantum, inutilis acceptilatio est: sed debitor pacto liberatur, quia non ut qui stipulatur, hoc animo non est, ut pasciscatur, ita qui acceptum rogat, hoc animo est, ut nolit nisi per acceptilationem liberari. Qui stipulatur, id agit, ut promittentem jure sibi obliget; id pacto non consequitur, quoniam ex pacto non oritur actio. Hinc satis colligitur non id eum agere, ut pacto res geratur: proinde nec pactum erit, cum non sit duorum consensus in eam rem, ut pacto res transigatur, vel quod idem est, quia non id agatur, ut sit pactum. Arg. in *L. non omnis, sup. si cer. pet.* In acceptilatione contra, qui rogat acceptum, id agit, ut liberetur: liberatur autem non minus pacto, quam acceptilatione, *L. creditori, C. de pac. L. nihil interest, inf. de reg. jur.* Ergo hic quoque hoc animo est, ut si minus acceptilatione licet, at certe quovis modo voluntate creditoris liberetur. Quod si creditor consentit, ut liberetur, nihil jam deest ad consensum duorum de liberando debitore. Consentit autem, qui annuit, aut aliter voluntatem suam declarat. Quare et erit pactum in inutili acceptilatione, quod in stipulatione inutili nullum esse diximus; non quia propensiores esse debeamus ad liberandum, quam ad obligandum, ubi pariter in utroque pactum sit; aut quia debeamus nutum aliter interpretari, cum de debitore annuente agitur; aliter cum agitur de annuente creditore: sed quia natura ipsa ita comparatum est, ut alia cogitatio sit et mens stipulantis, alia acceptum rogantis. In illo non est animus paciscendi, quæ res pactum excludit: in debitore autem acceptum rogante hic animus est, ut velit omni modo liberari, vel acceptilatione, vel pacto, quæ cogitatio ut consensum, sic natura pactum habet.

Ad §. *Si quis simpliciter.*

Si quis simpliciter interrogatus fuerit, et ille sub conditione responderit, *Si illud factum erit, dabo*: non obligari eum constat, aut si ita interrogatus, *intra Calendas quintas?* responderit, *Dabo Idibus*, æque non obligatur. Non enim sic respondit, uti interrogatus est. Et versa vice si interrogatus sub conditione, responderit pure dicendum erit, eum non obligari. Cum adiicitur aliquid vel detrahatur obligationi: semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.

SUMMARIA.

1. *Summa sequentium. §§.*
2. *Si quis non idem respondeat, de quo interrogatus est, quatenus stipulatio utilis, quatenus inutilis.*
3. *Alio modo quam quo interrogatus est, respondens in totum non obligatur.*
4. *Generalis regula Ulpiani de mutata qualitate interrogationis.*
5. *Adjicere obligationi quid.*
6. *Detrahere obligationi.*
7. *Quintæ Calendæ quæ.*
8. *Cur eum promissor, obligationi diem aut conditionem detrahens ut plus debeat; stipulantis caussam non deteriorem sed meliorem faciat; stipulatio tamen hoc casu non subsistat.*
9. *Exceptio a superiori regula: Si responsionis diversitas stipulatori illico placuerit, convalescit stipulatio.*
10. *Approbatio stipulatoris an et quomodo stipulationem natura sua vitiosam confirmet.*
11. *Pura stipulatione generaliter omne tempus dandi continetur.*
12. *Superior Ulpiani regula etsi generalis est, de omni responsione qua aliquid adjicitur, aut detrahitur obligationi; tamen ad qualitatis solum, non etiam rerum diversitatem pertinet.*

Diximus superiore §. jam inde ex ea propositum esse Ulpiano docere hoc ad vim stipulationis in responsione curandum esse, ut congruenter ad interrogatum respondeatur, utrum autem id fiat, necne, si quæratur, docuisse ipsum hanc quasi congruentiam et consensum responsionis spectandum esse ex re, de qua ageretur, non ex verbis: nam et aliis verbis recte responderi, dummodo de eadem re conveniat mens et sententia respondentis: interim semper verbis responderi oportere. Pergit deinceps ostendere, quando videatur in re ipsa conguere responsio, quando non congruere, ut sic stipulatio vitietur,
1 aut sit utilis. † Et mihi istorum §§. definitiones, exempla, exemplorum rationes, similitudines item, ac dissimilitudines diligentius expendenti, sic de re tota statuere in summa Ulpianus videtur: eum congruenter ad interrogatum respondere, qui idem respondeat, de quo interrogatus est, et respondeat eodem modo, seu eadem forma servata obligationis. Qui non idem respondeat, aut respondeat alio modo, seu mutata qualitate interrogationis, hunc non respondere ad interrogatum convenienter, sed ad vim stipulationis referre, utrum quis non respondeat idem, an alio
modo. Si quis † non idem respondeat, non 2
in totum inutilem esse stipulationem, sed quatenus id facit, id est, quatenus aut plus interrogatur, quam respondeat, aut plus respondet, quam est interrogatus, hactenus autem sic inutilem stipulationem esse, ut nec confirmetur, quamvis responsionis diversitas stipulanti illico placuerit, quam sententiam esse putamus §. *si stipulanti*, et §. *sequentia*.
† quod si quis mutata qualitate interroga- 3
tionis, seu stipulationis respondeat, contra evenire, ut ibi quidem in totum obligatio non contrahatur, sed cum hac exceptione, nisi responsionis diversitas illico placuerit, quod si fiat jam in id quod responsum est.

stipulationem valere, quod hoc §. agitur. Id an recte putem his locis statui, an secus consideremus. Ac de sententia bujus §. in eo convenit, Ulpianum hoc dicere, si quis mutata qualitate interrogationis respondeat quamvis respondeat de re eadem, tamen eum qui id faciat, nullo modo obligari, itaque in totum inutilem esse stipulationem. Et notandum est eum iis exemplis uti, quorum in aliis detrabatur obligationi, in aliis adjiciatur, ut eum in singulis dicat promissorem non obligari, intelligamus cum his exemplis confirmare, quod
4 postea generali regula est complexus, † quoties (6) adjicitur aliquid vel detrahitur obligationis, semper probandum esse vitiatam esse
5 stipulationem. † Adjiciat obligationi, qui simpliciter, idest, pure interrogatus respondet se daturum sub conditione, aut in diem, sic enim puræ obligationi diem aut condictionem adjicit, ea videlicet, quæ obligationibus adjici solent. §. *omnis*, §. *loca*, *Inst. eod.* *L. omnia*, *sup.* *si cert. pet.* *L. eum qui Calendis tota*, *inf. eod.*
6 † hæc ipsa stipulationi inserta detrahit, qui sub conditione, aut in diem interrogatus respondet pure, ut hic loquitur Ulpianus, idest, ut ex §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* interpretari debemus, qui respondet nominatim se præsenti die daturum: quoniam qui simpliciter ad interrogatum respondet, videtur in eandem conditionem et eundem diem respondere: utrumque facit, qui sub conditione aut in diem interrogatus, alia conditione, aut alio die adiecto spondet. Sic enim priorem diem detrahit, et adjicit novum, ut in hoc exemplo, quo utitur, dabis intra Calen-
7 das quintas? dabo Idibus. † ubi quintas inter eruditos dici constat, quinti ab hinc mensis Calendas: quo modo primæ et secundæ dicuntur in *d. L. eum, qui Calendis*, *inf.* Atque in his omnibus vitiari stipulationem Ulpianus docet, in quo observandum est non solum nullam contrahi obligationem, ubi promissor obligationi diem aut conditionem adjicit, ut debeat minus; sed etiam cum detrahit, ut plus debeat. † quod quidem posterius 8
prima fronte secus videri potuit; cum isto modo promissor meliorem caussam stipulantis faciat, non deteriorem, et credibile sit stipulatorem admittere, quod sit in rem suam. Sed utilitas stipulatoris, atque adeo consensus ad rem nihil pertinet, si deest congrua responsio. Ea non congruit, sive in interrogatione est, quod non sit in responsione, sive in responsione id, quod non fuit in interrogatione, quod tunc evenit, cum responsio aliam formam et conditionem obligationis facit, sive quis amplius promittat, sive minus. Ergo cum mutata qualitate obligationis respondetur sic, ut detrahatur aliquid, vel adiiciatur obligationi, in totum vitiari stipulationem convenit; et hoc citra controversiam, si diversitas responsionis illico non placuerit stipulatori. † Quid si placuerit? sunt qui di- 9
cant ne sic quidem stipulationem constitui. Sed cur negamus? Ergo audiamus, quid continenter subiiciat Ulpianus *Cum adiicitur*, inquit, *aut detrahitur aliquid obligationi*, *semper probandum est vitiatam esse stipulationem*, *nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit*, *tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur*. An parum supra demonstratum est, vel potius an id dubium esse potest, adiici obligationi, cum conditio, aut dies in responsione adiicitur: detrahi tum, cum dies, aut conditio, quæ fuerat, detrahitur, et pure vel alio inserto die respondetur? negari non potest. Quid autem de eo Ulpianus? definit, quoties id fit, in totum vitiatam esse stipulationem ergo hæc definitio ad superiores species sine dubio pertinet. Neque enim distinguit, utrum in re aut summa stipulationis aliquid adiiciatur aut detrahatur, an in caussa et qualitate obligationis: sed contra ubicunque adiiciatur quid, aut detrahatur, sine ullo discrimine semper probandum ait vitiatam esse stipulationem. At definitioni adiecta (7) exceptio est, *nisi diversitas responsionis illico placue-*

(6) Quid si respondeat promissor de anteriore die. ex. gr. Dabis Calendis Juniis, Dabo Calendis Martiis. Videtur quod valeat stipulatio quia hæc temporis diversitas respiciat dilationem solutionis, non substantiam obligationis. Sed contra Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 4. *arg.* §. 5. *Institut. de inut. stipul.* Ad rationem dubitandi Resp. posse ante diem solvi, si in gratiam debitoris is adjectus. Hic autem dies respicit favorem stipulatoris, qui interrogando de uno die non vult ante eum solutionem sibi fieri, itaque adest dissensus partium.

(7) Vid Goed. *de contr. stipul. C.* 4. *Concl.* 4. ubi *n.* 48. Contra Alciatum Zasium et alios idem admittit, etsi sub una conditione interrogatus: ex. pr. Si navis ex Asia redierit, responderit sub alia ex. gr. Si Cæsar Turcos vicerit. Quia ut puræ stipulationi omne tempus inest et conditio etiam, ut Donellus noster, ita tempus conditionis citius faciliusve exstituræ tempori ejus quæ difficilius tardiusve eveniet, inest. Nec diversum esse in duorum reorum obligatione *ibid. n.* 49. Idem *n.* 90. *et seq.* Si plane aliud pro alio respondeatur, ut si Stichum stipulanti qui ædes Sempronianas spondeat, nec approbationem subsequentem facere ut convalescat stipulatio, quia hic contrarium potius responsum sit quam diversum.

vit, quamobrem et ad suprascriptas species exemplio pertinet: ut dicendum sit et eum, qui pure interrogatus sub conditione, aut in diem respondit, sub conditione aut in diem obligari, si id stipulatori illico placuerit: et contra qui sub conditione aut, in diem interrogatus respondit se sine die aut conditione daturum, eum pure obligari, si hoc quoque diversitas responsionis placuerit illico stipulatori. Cum hæc verbis definitionis superioris conveniont, atque adeo necessario efficiuntur: tum vero in re ipsa nihil esse video, cur non optime et legibus stipulationis convenientissime statuatur. Scio enim hoe contra dici posse. Exigit stipulationis lex, ut idem, et eadem qualitate obligationis respondeatur: scilicet, ut et quod in stipulatione est, sit in responsione, et vice versa quod est in responsione, fuerit in stipulatione; ac nisi id fit, non valet stipulatio, quia interrogatio et responsio non congruant. §. præterea, *Instit. de inut. stip.* At nunquam congruent, si pura est interrogatio, responsio autem in diem vel conditionalis: aut contra si stipulatio conditionalis, pura autem responsio: quantumvis ea diversitas illico placuerit stipulatori, nun enim unquam efficiet ea approbatio, ut sit conditionalis ejus interrogatio, quæ pura fuerat; aut pura, quæ fuerat conditionalis. quamobrem et post approbationem eodem vitio stipulationis manente, stipulationem inutilem videri necesse est. Hæc quidem ita videri, et non temere his
10 nos moveri posse fateor. † Sed si docemus approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam non plus sit in ipsius interrogatione, neque minus quam fuit in responsione, dubitatio tollitur efficitur enim hoc modo congruere interrogationem et responsionem, (8) eoque novam stipulationem recte contractam videri, ut Ulpianus ait. Atqui id efficit stipulatoris approbatio. Nam primum si qualitas aliqua, ut dies, aut condictio, stipulationi detrahatur, quod fit cum sub condictione, aut in diem interrogatus respondet se statim daturum, si stipulator illico id probet, perinde est, quasi ipse illa stipulando non expressisset: quoniam verba nihil efficiunt contra pronunciantis voluntatem, planeque in eo qui de re aliqua non consentit, pro non expressis habentur. *L.* 3. *in fin. supra, prox. tit.* Quod si quid adiiciatur stipulationi, ut dies, aut condictio, quod fit, cum pure interrogatus respondet in diem, aut sub condictione plusculum id habet difficultatis. Nam quomodo dies aut condictio in stipulationem venisse videri possunt, si verbis stipulationis non continentur, quantumvis stipulator in responsionem his rebus adjectis conceptam consenserit? Sed et hic quoque stipulationi inesse ista intelliguntur, posteaquam stipulatori illico id placuit: non quod propter consensum stipulatoris, stipulationi adjecta videantur, quod sine novis verbis fieri non potuit: † 11
sed quia pura interrogatione generaliter omnia tempora dandi continebantur, et quæ antecedunt, et quæ sequuntur, ex quibus stipulator cætera tempora interrogationis suæ approbatione sua repudiando, hæc sola relinquat, quæ promissor expresserit, utputa, pure stipulanti quis promisit sub condictione, si navis venirct ex Asia, intelligitur promissor hoc dicere promitto eo tempore, quod sequetur condictionem hanc, non autem eo, quod condictionem antecedet. stipulatori id placet. hic non tam id tempus, quod condictionem sequitur, stipulationi adiicere videtur, quam antecedente detracto solum hoc posterius relinquere, nam utrumque, atque adeo omne tempus dandi stipulatione ejus pura continebatur. Porro id quod erat detrahere potest voluntate sua, et si enim verbis id expressum erat; tamen verba contra ejus voluntatem non valebunt, ut jam dixi. Ita fit, quod posui, ut posterius tempus, quod condictionem sequitur, solum maneat stipulatoris approbatione, non nunc primum adjectum, sed jam ante stipulationem expressum. quod tamen nunc stipulator juxta responsionem promissoris solum valere velit. Constat igitur veteribus ratio, cur cum promissor alio modo in tempore respondit, quam interrogatus est, citra præsentem approbationem stipulatoris dicatur stipulatio esse inutilis; quia scilicet non congruat responsio interrogationi, accedente autem stipulatoris præsente approbatione putetur stipulatio in id, quod responsum est, recte contrahi: quia jam incipiat non plus esse in stipulatione, quam est in responsione, neque minus. Et hactenus regulam Ulpiani in diversitate

(8) Dissentit quodammodo Gord. *d. C.* 4. *Concl.* 4. *n.* 94. putans non hic tam novam constitui stipulationem; quam declarari ac validam doceri, quæ obscura fuit, Approbatione tolli diversitatem demonstrata convenientia, ut pateat retro actum non nullum fuisse, sed obscurum ob dissensus præsumptionem, quæ ex complacentia sublata. Et quod in *d. L.* 1. §. 3. habetur aliam stipulationem contractam videri, non de alia nova numero distincta, sed numero eadem quasi nova accipi debere contendit.

qualitatis obligationis bene se habere, praneque ex omni parte veram esse intellectum
12 puto. † An etiam regula ad eas responsiones pertineat, quibus in re plus, minusve respondetur, videndum est, nam generales definitio est, omnes responsiones cuotinens, quibus aliquid adiicitur aut detrahitur obligationi at rursum contraria omnia in diversitate rerum responsa esse evidentur in §§. sequentibus. Et quidem ego diversa omnia hic esse statuo; sed non eo minus veram esse et perpetuam definitionem superiorem Ulpiani, quia illa ad hoc genus posterius non pertineat. De quo jam ex sequentium. §§. sententia dicatur.

Ad §. *Si stipulanti.*

Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas: non esse contractam obligationem, nisi in decem constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas: obligatio nisi in decem non erit contracta; licet enim oporteat congruere summam: attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.

SUMMARIA.

1. *Si promittatur plane aliud, veluti pro Sticho Pomphilus, nulla omnino est stipulatio.*
2. *An servata obligationis qualitate, diversitas in summa vitiet stipulationem.*
3. *Species* §. si stipulanti, *in qua differat a superioribus.*
4. *An approbatio stipulatoris efficiat, ut in majori summa, quam quæ stipulatione comprehensa est, contracta videatur obligatio.*
5. *Viginti stipulanti, si X. respondeas, omnino in X contracta est obligatio, etiam citra stipulatoris approbationem.*
6. *Refelluntur quædam Ulpiani sententiæ obiecta.*
7. *In duabus obligationibus disiunctis, una non potest dici alteri adiici aut detrahi.*
8. *Quot res, quot summæ, tot quodammoda sunt stipulationes separatæ.*
9. §. Præterea, Inst. de inutil. stip. *explicatus.*
10. *Locus Caii*, lib. 2. Inst. et de obl. *discussus.*
11. *Auctoris de Caio, cujus fragmenta circumferuntur, judicium.*
12. *Ubi interrogatio et responsio congruunt, utiliter contrahitur stipulatio.*
13. L. si decem, D. Locati, *explicatur.*

Dixi supra aliam esse caussam diversæ responsionis, cum mutata stipulationis qualitate aliter respondetur, quam promissor interrogatus erat, de qua specie superiore §. dictum est: aliam, cum servata obligationis qualitate in re ipsa dissentit responsio, non
1 quidem ut respondeatur † plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus (nam isto modo nullam omnino esse stipulationem convenit) sed ut respondeatur plus, aut minus. Id exemplis probat Ulpianus hoc §. *et sequenti:* quorum altero de certa summa, altero de certis corporibus in stipulatum deductis agitur, sic tamen, ut plura exempla hæc sint res una, et summa eodem redeat. † Ac de 2
summa pecuniæ ita statuit: quoties summa certa in stipulatum, deducitur, sive promissor majorem promittit, ut pro decem viginti, sive promittit minorem, ut pro viginti decem; in majorem quidem et eam quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit, non contrahitur obligatio: at in minorem semper, quia in eam interrogatio cum responsione congruit. Quæ ita (9) ac-

(9) Facit *L.* 27. §. 5. *de pact.* Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 4. Licet sit diversitas, in quantitate tamen eadem obligatio, item vis et substantia eadem. Nam quæ differunt secundum plus vel minus, substantia conveniunt. Diversitas autem in qualitate, si interrogatio pura, responsio conditionalis, inducit diversitatem in substantia, et arguit dissensum contrahentium, itemque in tempore, maxime vero in re. Dissentit post Cujac *ad L.* 1. *h. t.* aliosque Gœd. *C.* 4. *Concl.* 4. *n.* 55. *et seqq.* volens et in summæ diversitate approbationem esse necessariam, quam adi.

cipio, in priore quidem eam in eam summam; quæ stipulatione comprehensa non est, nullo modo contrahatur obligatio, ne si diversitas quidem responsionis stipulatori illico placuerit: posteriore autem in eam in quam responsio interrogatio congruunt, ita contrahatur, ut non sit necesse eam responsionem stipulatori placere.
3 † Quæ si vera sunt, differt hæc species a superiore bis rebus. Primum quod cum alio modo responsum est, ut supra, in totum stipulatio non valet: cum autem minus aut plus respondetur, non in totum vitiosa est stipulatio, sed ex parte dumtaxat. Deinde sic in illa priore stipulatio non valet, ut tamen stipulatore diversitatem responsionis approbante, ad formam ejus responsionis stipulatio contrahatur: in hac posteriore quatenus stipulatio non valet, eatenus ita nulla est, ut in eam summam nulla stipulatoris approbatione constituatur. Postremo quod in priore specie valet stipulatio, id fieri dicimus, cum diversitas responsionis stipulatori placuerit: in hac posteriore sic dicimus stipulationem in minorem summam contrahi, ut statim valeat sine alia aperta stipulatoris approbatione. Id an recte dicamus, singula hujus responsi expensa declarabunt. Ait Ulpianus, si stipulatus sim decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem in viginti. Hoc quidem extra controversiam est, ubi responsionis diversitas illico mihi non placuit. Nam de viginti interrogatus non es; non est autem stipulatio de ea summa, aut ea re de qua interrogatio non processit. *L. 1. C. §. de usur. L. 1. §. verbis. sup. prox. tit.* et hoc est, quod Ulpianus hic ait, oportere congruere
4 summam. † At quid, si mihi illico placeat responsio tua? De eo nihil aperte exprimit Ulpianus, sed ejus ratio superior satis ostendit, hoc eum sentire, nullo modo contractam esse obligationem in viginti, sive hæc diversitas responsionis mihi non placuerit illico, sive placuerit. Nam etsi placeat: tamen approbatio mea nunquam efficiet, ut videar te interrogasse de viginti, cum revera rogaverim de decem, et constet in decem viginti non inesse. At enim paulo ante generaliter definit, cum adiicitur aliquid, vel detrahitur obligationi, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: quod si placuerit, aliam stipulationem contractam videri. Non est hoc superiori sententiæ contrarium: non quod putem eam definitionem non esse verissimam, et perpetuam, sed quod verba ejus definitionis ad hanc speciem, de qua agitur, non pertineant. Definitio est, de eo, quod adiicitur vel detrahitur obligationi: at cum stipulanti mihi summam aliquam, aut quantitatem, plus, minusve respondes, neque plus respondendo dicendus es adiicere obligationi, neque respondendo minus dicendus es obligationi detrahere; de quo paulo post plura, cum illud quæretur, an saltem in decem stipulatio contrahatur. Etenim Ulpianus contrahi ait: quod superiore definitione aperte evertitur, si ea ad hanc speciem pertineat. Adde, quod superior definitio confirmat stipulationem in eo, in quo diversitas responsionis stipulatori placuit; hæc verba non conveniunt ei speciei, cum stipulanti decem respondes viginti, et stipulator probat responsionem: hic enim non tam est diversa responsio in viginti, quam nulla: cum nemo possit ad id respondere, de quo non est interrogatus. Sed de eo, ut dixi, plura paulo post. Stet igitur hæc sententia, cum mihi decem stipulanti responde viginti, naturam stipulationis, quæ interrogationem de re aliqua desiderat, non permittere ut in viginti, de quibus interrogatus non es, obligatio contrahatur; quantumvis mihi tua promissio verius, quam responsio placeat. Sed an in decem saltem, de quibus te interrogavi, contrahetur? ait in decem autem esse contractam; idemque esse etsi me viginti interrogante tu decem respondeas.
† Sed utrum ita demum, si responsio 5
tua mihi illico placeat, an etsi non placeat? etsi mihi non placeat inquam, omnino in decem erit contracta: quod Ulpianus evidenter subjecta ratione declarat, licet, enim inquit, oportet congruere summam; attamen manifestum est viginti et decem inesse. Nemo dubitat, si de re aliqua procedat interrogatio, ac de ea ipsa sequatur responsio, quin stipulatio de ea re secundum regulas juris contrahatur: constat, enim et perficitur stipulatio interrogatione et responsione, si modo et summa utriusque congruit. At si quis stipulanti decem respondet viginti, is vi ipsa decem respondet; nam in viginti bis decem insunt; item si quis viginti stipulatur, si ipse stipulatur et decem: ut dicendum sit, si quis tantum decem respondet, saltem in decem congruere summam interrogationis, et responsionis, ut Ulpianus ait: ex quo efficitur hactenus secundum regulas juris contractam esse stipulationem: quod si contracta est, frustra desideremus aliam stipulatoris approbationem. Sed cur laboramus? possumusne exigere in hac specie, ut diversitas responsionis stipulatori illico placeat, nisi sit aliqua diversitas responsionis? atqui ea diversitas in decem nulla est, cum in bis congruat in totum interroga-

tio et responsio. Inepte igitur, ut hæc placeat, requiramus. Etsi hæc sententia, et ratio Ulpiani manifesta est; tamen non desunt, quæ
6 huic opponantur. † Primum ratio quam ipse sibi tacite obiicit, et diluit in §. *seq.* de qua ibi dicemus. Deinde pleraque, quæ in contrariam sententiam scripta videntur. Illud in primis, quod ipse paulo ante definivit, *cum adicitur aliquid aut detrahitur obligationi, semper probandum esse vitiatam esse stipulationem*. Et dubitamus, dicet aliquis, *adiici*, cum mihi decem stipulanti promittantur viginti: *detrahi*, cum viginti stipulanti promittuntur tantum decem? Ego vero contendo hic neque adiici obligationi quidquam neque detrahi: tunc solum id recte dici, cum qualitas adiicitur, aut detrahitur, ut contingit, cum is qui pure interrogatus est, respondet in diem vel sub conditione; aut contra. † Hoc enim pro certo sumo, in duabus obligationibus seu stipulationibus invicem disiunctis, nec cohærentibus nunquam unam dici posse alteri adiici, cum disiunctæ non cohæreant: neque unam posse dici alteri detrahi, cum prius una in altera non fuerit. Solum adiicitur obligationi, quod ejus obligationis pars fit: et solum obligationi detrahitur, quod in obligatione prius fuit: quod posterius solum de conditione, aut die adjecta vel detracta dici potest. Conditionem enim aut diem puræ stipulationi si adjicias, eo adjicis, ut totius præcedentis obligationis pars fiat, nec quidquam debeatur, nisi hac conditione. Conditionali stipulationi si pure respondes, ideo conditionem obligationi detrahis, quia prius in stipulatione inerat. Nihil simile, cum res stipulanti, plures aut pauciores respondemus: † quot enim sunt res, quot summæ, tot sunt quodammodo stipulationes separatæ; quas si oratione conjungas, non tamen una dici potest alteri adjici, cum etsi valerent, plures tamen essent revera inter se distinctæ; si oratione separes, multo minus dixeris unam alteri detrahi, cum fieri non potuerit, ut in stipulationibus separatis una alteri inesset, nec aliter quidquam possit alteri detrahi, quam si prius in eo fuerit. Nihil igitur, ut dixi, superior definitio Ulpiani de eo, quod adjicitur aut detrahitur obligationis, ad hanc speciem pertinet; ut non sit ea nobis obiectio hoc loco metuenda. † Locus est alius Justiniani de hac ipsa specie scriptus in §. *præterea, Inst. de inut. stip.* qui prima ratione non temere toto ei sententiæ Ulpiani, quæ hoc loco exposita est, contrarius videatur. Illic Justinianus ita proponit: inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat; ad quod explicandum hoc exemplo utitur: *veluti*, inquit, *si quis decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque* respondeas, vel contra, ex quo colligi videtur totam inutilem esse stipulationem, ut proposuerat: alioqui non conveniet exemplum propositioni. Ergo id recte colligi nego, neque eo minus exemplum propositioni conveniet. Significat enim Justinianus in eo exemplo, quod retuli, stipulationem inesse, in qua ad interrogatum responsum non est ut propositio ejus postulabat: hoc amplius et eam stipulationem inutilem esse in totum: quod et verum est, et propositioni probe convenit. Id enim solum probandum susceperat Justinianus, omnem stipulationem esse inutilem, in qua ad interrogatum responsum non fuit. Sed non ideo ex eo (10) efficitur totam eam conceptionem, qua quis decem stipulatus est, esse inutilem. Sciendum est enim in ea conceptione duas esse stipulationes in quina, quarum in una ad interrogatum respondetur de quinque; in altera ad interrogatum de aliis quinque non respondetur, ut declaratur in §. *sequen.* Fateor eam stipulationem esse inutilem, in qua de quinque ad interrogatum responsum non est: illam alteram, in qua ad interrogatum responsum est, vel secundum propositionem ipsam Justiniani valere contendo: cum enim ita proponit sic inutilem esse stipulationem, si ad interrogatum non respondeatur, vel his ipsis verbis 3
efficitur, si quis ad interrogatum respondeat, quatenus id facit, et una stipulatio est stipulationem utilem haberi debere ipso auctore Justiniano. Nam quod in *d.* §. *præterea*: istas stipulationes comparat, et eam quæ in summa non congruit, et eam quæ non congruit in caussa stipulationis; nem-

1 (10) Ita Vacon. 5. *Declar.* 71. *n.* 4. inutitis quoad alia pro subjecta materia, *et* Pac. 7. *Q.* 24. Simile in §. 8. *ibi alio qui non habebis I. de Mand. et* Phil. Matth. *ad L.* 110. *de R. I. n.* 6. Nec igitur recte Baro. *ibid.* Instit. in eo derogare Pandectis: nec Hotom. *ad L.* 27. §. 5. *de pact.* IC. ab Imp. dissentire. Et aliud esse in pactis *d. L.* 27. §. 5. ubi mentem spectamus, aliud in stipulatione *d.* §. *præterea* ubi verba adamussim exigimus. Nihilo melius Joach. Hopper. *Lib.* 3. πιθανῶν *pag.* 40. Ulp. ad veritatem et jus loqui. Imp. exemplo rem declarare. Exempla non facere jus, nec in iis exacte ut veritas limetur. requiri modo prima facile et ad popularem captum veritatem continere videantur.

pe in eo comparat, quod in utraque ad interrogatum responsum non est: et verum est utramque hactenus non valere. Sed ubi discrepat conditio et qualitas stipulationis, illic in totum responsio non congruit; ideo in totum non valet: ubi autem summa non congruit, haetenus solum non congruit, quatenus plus est in interrogatione aut responsione: cæterum in reliquo optime convenit: et hactenus stipulationem valere necesse est.
10 † Sed obstat nobis Cajus videlicet, ex quo Justinianus illa sumpsit: qui *Lib. 2. Institutionum, tit. de obligationibus* in exemplo illo superiore Justiniani, stipulationem ait,
11 in solidum esse inutilem. † Et quidem magis me moveret istius Caii auctoritas, si is esset Cajus ille vetus Jurisconsultus, cujus scripta in libris nostris exstant. Nunc autem (11) non esse veterem illum, sed ementitum nescio quem Cajum, qui isto nomine sua venditaverit, aut certe recentiorem aliquem, qui aliqua ex Caii Institutionibus decerpserit, quæ in epitomen redigeret, sive is Anianus fuit, sive alius, quis jam ex iis, qui attendere voluerunt, ignorat? nam et isti auctori sæpe sordida oratio est, ab illa puritate et elegantia, quæ fuit Caii illius nostri, longe abhorrens: et præterea multis locis ea ab illo afferuntur de locis sacris et de Ecclesiis ut nemo dubitare possit, quin fuerit Christianus: qualem Cajum illum veterem non fuisse scimus. Sed ut essent illæ Caii veteres Institutiones, quæ circumferuntur: tamen illius auctoritate in hac re moveri nos non oportet: huic enim ex adverso opponimus, cum veram rationem, tum auctoritatem Ulpiani, et ipsius adeo
12 Justiniani. † Vera ratio facit, ut ubi interrogatio et responsio congruunt, eatenus contrahatur stipulatio: congruunt autem in quinque, cum stipulanti decem, idest, bis quinque, tu quinque promittis: quo efficitur haetenus stipulationem statim valere. Tum autem id Ulpianus probat, hoc loco: eum Ulpiano etiam Justinianus ipse: et quidem hic ita probat, ut etiam Caii sententiam, si qua esset contraria, repudiet. Quæcunque enim sunt in Pandectis ex scriptis veterum, ea Justinianus confirmat, et simul vetat nos comparare ea, quæ antiquitas habet, eum iis, quæ ab illo confirmata sunt. *L. 2. §. tanta, C. de vet. jur. enu.* Hanc igitur sine dubio sequi debemus, et si quid minus clare de eadem specie aliis in locis scriptum sit, dare operam, ut ex hac sententia interpretemur, atque efficere, quantum licet, ut cum ea consentiat. Est ad extremum et quod sententiæ hujus loci adversari videatur id quod est videlicet de dissensu locatoris et conductoris in mercede in *L. si decem, supra, loca.* † Proponitur locator mercedis nomine 13
velle sibi decem pendi, conductor in quinque consentire: Si is qui decem stipulanti respondet quinque obligatur, consentaneum videtur in hac quoque locatione conductorem in quinque obligari. At illic scribitur obligationem in totum non contrahi, ne in quinque quidem. Par igitur et in stipulatione, in qua pars tantum summæ in stipulatum deductæ respondetur, idem statui. Sed alia caussa est locationis, alia stipulationis. In locatione qui decem vult, non vult quinque, si sola præstentur. Id ex eo licet intelligere, quod decem desiderat pro eo, quod vicissim eum præstare convenit; debet autem rem conductori fruendam dare: porro qui majorem summam requirit pro onere, is utique pro eo onere, quod semper idem futurum est, minorem non admittit: alioqui male io se consuleret. Dissentit igitur in totum in mercede locator, qui decem requirit, si ei quinque tantum constituantur a conductore: eo fit, ut locatio, quæ consensu perficitur, nulla in parte hic contrahatur propter totius mercedis dissensum. In stipulatione contra qui stipulatur decem, primum verbis stipulatur etiam quinque, quæ decem continentur: deinde ex voluntate nec ea recensare intelligitur, si quis ei stipulanti promittat; conjecturam facimus ex eo, quia decem stipulatur ita, ut eam summam habeat ex stipulatione gratis, et sine onere; quod in hujusmodi caussa acquirendi esset stipulatio, pupillum sine tutoris auctoritate stipulari posse non diceremus. *Inst. de auct. tut. L. obligari, supra eod.* Credibile est autem eum, qui majorem summam velit sibi acquiri sine onere, velle et minorem sine onere acquiri: majorem quidem omnino, si liceat: sin minus, eum saltem minorem non repudiare: quia utroque modo pariter sibi consulat. Quare et verbis, et consensu in eandem summam concurrentibus, stipulatio valebit.

(11) Consentiunt in genere Cujac. Pithæ. Cont. et alii citati supr. *in not. Lib. Civil. Commentar. 4. C. 36. N. 2.* quibus adde Connan. 2. *Com. 4. in fin.* Balduin. *in §. pen. Proœm. Instit. n.* 9. Claud. David. *in velit legali ad d. §. pen. Proœm. Inst. n.* 8. dissentit maxime in specie quoad hunc locum Gœd. *d. C. 4. n.* 69. debitum vacillare *in d. §. 11.* exponens id est in periculum rapi, nisi diversitas responsionis placeat.

Ad §. *Sed si mihi Pamphilum.*

Sed si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendam puto. Nam si tot sunt stipulationes, quot sunt corpora, duæ sunt quodammodo stipulationes: una utilis, alia inutilis, nec vitiatur utilis per hanc inutilem.

SUMMARIA.

1. *Jus in stipulatione summarum et corporum exæquatum*, et n. 3.
2. *Non potest ex uno judicio res judicato in partem valere, in partem non valere.*
4. *Generalis definitio: Illicite et inutiliter adiectum pro non adiecto haberi, eo quod recte gestum est subsistente. Ejusque varia exempla.*
5. *Diversa in duobus, libero et servo, cum in eos compromissum est, ratio.*
6. *Lectio hujus §. Florentina notata.*
7. *Ulpiani responsum si plures res conjunctim in stipulatum deducuntur, aut promittuntur, locum habet, non si disiunctim.*
8. *Cur qui disjunctim de Sticho aut Pamphilo interrogatus, unum tantum ex his respondet, non obligetur.*
9. *Disputationis hujus utilitas.*

1 Quod juris est in summis, † hoc idem est in certis corporibus, et rebus cæteris. Qui de una re interrogatus promittit, et eam, et plures conjunctim, nun obligatur is quidem in omnes: quia de omnibus non est interrogatus: sed obligatur tamen in eam, de qua interrogatus respondit; postquam et in hanc responsio congruit, eoque et statim obligatur sine alia stipulatoris approbatione. Idem valet e converso, ut si quis de pluribus rebus conjunctim interrogatus, unam ex his promiserit, in hanc obligetur, de qua et interrogatus sit pure, et pure responderit.
2 *L. inter. §. stipulante. in fin. inf. eod.* † Obstabat huic sententiæ, quod de sententia dicitur, non posse ex uno judicio rem judicatam in partem valere, in partem non valere. *L. in hoc judicio supra, fa. er.* Non enim ita hoc de sententia dicitur, quasi proprium sit solius sententiæ; ad cæteras res omnes, quæ una sunt, pertinet: ut si de his jure perficiendis agatur, non aliter perficiantur, quam si valeant in totum, quia cum sint unæ, natura non patiatur, ut pro parte valeant, pro alia non valeant, nun magis quam sententia: quare et ad stipulationem pertinet. Quo argumento effici videbatur, ut sive quis Stichum et Pamphilum stipulanti respondeat tantum de Pamphilo tanquam de parte: sive Pamphilum stipulanti respondeat Stichum et Pamphilum, ut stipulatio in Pamphilum tantum valeat, idest, in partem, stipulatio in utrumque vitietur; ne incipiat dici eam pro parte valere, pro parte non valere. Ulpianus huic objectioni occurrens, ait duas hic esse quodammodo stipulationes, uti duæ res sunt, aut in stipulatum, aut in promissionem deductæ: de quo in *L. scire, infra eod.* unam de Pamphilo, alteram de Sticho: eam quæ de Sticho est, quia de eo aut nulla interrogatio est, aut nulla responsio, plane esse inutilem; eam autem quæ est de Pamphilo, quia de eo interrogationem et responsionem habet, esse utilem non pro parte, ne quis superius illud nobis objiciat; sed in totum, uti est una, neque obstare alteram stipulationem inutilem: quia utilis non vitietur per inutilem. Hoc responso declarat Ulpianus admittere se in stipulatione idem, quod in sententia: ut si in proposito de Sticho et Pamphilo una stipulatio esset, non magis ea pro parte valere posset, quam in sententia fieri diximus; sed negare hic esse unam stipulationem, ut ex uno, eodemque judicio unam esse sententiam necesse est. † Hoc idem et in summis 3 supra responsum putemus, ut cum quis decem stipulanti respondet viginti, aut contra intelligamus, quot sunt summæ, tot etiam esse stipulationes ex *sad. L. scire, infr. eod.* ideo stipulationem in viginti non valere; cui desit interrogatio aut responsio de ea summa: eam autem quæ est in decem, valere in totum, cum in eam summam interro-

gatio et responsio congruant: nec impediri
alia stipulatione inutili: quia utilis per aliam
inutilem non vitietor. Ait Ulpianus: *nec vi-
tiatur utilis per hanc inutilem.* Etsi adiicit
per hanc inutilem: tamen non consistemus
4 in hac specie: † sed generaliter definiemus,
quoties ad id quod utiliter geritur, adiicitur
aliquid quod fit non recte, semper quod illi
cite et inutiliter adjectum est, pro non adje-
cto haberi, per se autem valere, quod recte
gestum est: quod innumeris exemplis et
partibus juris Civilis declaratur. *L. proprium
supr. com. præd. L. placuit, L. usuras, supr.
de usur. L. sancimus, in princip. C. de donat.*
5 † Nam quod dicitur, cum in duos compromis-
sum est, si unus ex his arbiter esse potest, quia
liber, alter non potest, quia servus: in totum
non consistere arbitrium, ne in persona qui-
dem liberi hominis: *L. Pedius, §. ult. supr.
de rec.* huc non pertinet; non enim hic duo
compromissa sunt, sed unum, quo in duos
compromissum est. Nec quemadmodum in
stipulatione receptum est, ut quot sunt res,
quot summæ, tot sint stipulationes, idem
evenit in compromisso, ut quot sunt perso-
næ, in quas compromissum est, tot sint arbi-
tria. Nam aliæ res et summæ cum aliis non
cohærent, neque natura sua, neque contra-
hentium conventione, quasi qui unam non
volt aliam nolit; in compromisso autem
sic plures eliguntur arbitri a litigatoribos,
ut placeat omnes rem cognoscere, et senten-
tiam dicere, aut nullum. *L. item si unus, §.
item si plures, L. non distinguemus, §. cum
6 in plures, supr. de recept.* † Si hæc vera sunt,
ut sont, apparet initio hujus §. legendum
esse, ut in volgaribus exemplaribus, *sed et
si mihi Pamphilum stipulanti,* non ut in
Pandectis Florentinis, *sed si mihi Pamphi-
lum.* Non enim de hac specie, ut de re a
summis diversa scribit Ulpianus, ut adversa-
tiva particula fuerit opus; sed ita, ut eam
summis compararet, hac de ea jus idem statuat.
7 † Notandum est autem, quod hic dicitur sti-
pulationem valere, cum unam rem stipulanti
ea res plures simul promittuntur, tum dici,
cum plures res promittuntur conjunctim; ut
cum Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum
et Stichum spondes: idemque intelligimus,
cum plures res stipulanti una ex his promit-
titur; volumus enim et hic ita demum sti-
pulationem valere, si plures res conjunctim
in stipulatum deductæ sint. Ut si stipulanti
Stichum et Pamphilum, tu Pamphilum pro-
mittas. *L. inter, §. si stipulante, in fin. infr. eod.*
Diversum est sive quis Pamphilum stipulanti,
spondeat Stichum aut Pamphilum, idest. dis-
junctim; sive Pamphilum aut Stichum sti-
pulanti promittat Pamphilum *d. §. si stipu-
lante.* Nam si quis de Pamphilo interrogatus,
Pamphilum aut Stichum respondet: primum
is non duas res respondet, ut supra, ut quis
dicat hic duas esse stipulationes, unam de
Pamphilo utilem, alteram de Sticho inuti-
lem: sed spondet rem unam tantum, idest,
alterutram, et utram volet, dando liberatur,
ut est vis disjunctivæ obligationis: quæ res
sola efficere potest, ut cum stipulatio, quæ
una est, ex parte non valeat, in totum sit
inutilis. Deinde qui respondet Pamphilum
aut Stichum, is ne Pamphilum quidem spon-
det, cum alium dare possit: aut si spondet,
spondet sub conditione, si Stichum non de-
derit. Ita qui pure interrogatus erat, respon-
det sub conditione, quæ jam res alia ratione
stipulationem impedit. *d. §. si quis simpli-
citer, supr. eod. L.* Sed ita promissor hic
respondet sub conditione, ut simul rem aliam
promittat sub contraria conditione, nempe
Stichum, si Pamphilum non dederit. Quo
adducor, ut quamvis stipulatori hæc respon-
sionis diversitas illico placuerit, tamen putem
novam obligationem non contrahi; utpote
nova re promissa, de qua interrogatio non
præcessit, ut sunt ea quæ supra de hac di-
versitatis approbatione disseruimus ad *§. si
stipulanti.* † Quod si quis aut Stichum aut 8
Pamphilum stipulanti, Pamphilum respon-
deat, dicimus et hic stipulationem non vale-
re; quia ad interrogatum non sit responsum
d. §. si stipulanti. sed fit hoc paulo dissimili
ratione, quam in specie superiore. Nam quod
ad rem promissam attinet, una ex his, quæ
in stipulatum deductæ erant, promissa est.
Neque vero interrogatum de pluribus rebus,
necesse est, utramque spondere, ut stipulatio
valeat: nam qui de Sticho et Pamphilo in-
terrogatus Pamphilum respondet, eum obli-
gari supra effectum est. Sed obstat hoc sti-
pulationi, quod qui interrogatur de Sticho
aut Pamphilo, de utroque quidem interroga-
tur, sed de unoquoque sub conditione, si al-
terum non dederit; qui autem alterum tan-
tum spondet, hunc pure promittit. Detracta
conditione, ut aliam stipulationem facit, sic
facit inutilem. *d. §. si quis simpliciter, supr.*
Nec mihi alia ratio occurrit in hac specie,
cur qui disjunctim de Sticho aut Pamphilo
interrogatus, unum tantum ex his respondet,
non obligetur. Nam si is qui promissus est,
in stipulatum deductus esset sine ulla con-
ditione, et pariter pure promissum esset, ni-
hil esset obligationi impedimento, ex quo
intelligitur, cur uno promisso ex his, qui
disjunctim in stipulatum deducti erant, sti-
pulatio non valeat; unam obstare stipulatio,

nis conditionem, quæ in responsione detra-
9 hitur. † Non temere hoc disputo. Id enim de eo
pertinet, ut statuamus in hac specie, quamvis
stipulatio dicatur nullius esse momenti, tamen hic locum fieri definitioni Ulpiani, de qua supra diximus, ut cum detrahitur conditio obligationi, stipulatio valeat, si stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.

Ad §. *Eadem an alia lingua.*

Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, et respondeatur ei Græce, dummodo congruenter respondeatur: obligatio constituta est; idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Græcum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, Pœnum forte, vel Assyrium, vel cujusvis alterius linguæ: dubitari potest ex scriptura Sabini. Sed verum puto, ut omnis sermo contineat verborum obligationem: ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio quocunque lingua fieri potest, ita tamen ut alter alterum intelligat, vel per verum interpretem.*
2. *An fides habeatur interpreti dicenti se verum renunciasse.*
3. *Unius testimonio non creditur.*
4. *In re sua nullus testis idoneus.*
5. *Utri incumbat probatio, verum interpretem adhibitum esse.*
6. *Quomodo id probandum.*
7. *Falsus interpres ad quid et quo judicio promissori teneatur.*
8. *De Antinomia* L. decreta, D. de re jud. et L. Judices, C. de sent. *remittire.*
9. *Sententias Judicum, et Magistratuum decreta, Latina lingua ferri Romæ oportuit. Et cur secus in stipulatione.*

UT in congruentia responsionis, quam
in stipulatione exigimus, nihil nocet aliis
verbis respondere, dum sententia congruat,
ut declaratur in §. *si quis ita. supr. eod.*
1 *L.* sic docemur hoc loco † nihil nocere
alia lingua responderi, dum uterque alterum
intelligat; ut appareat verum esse, quod illic
dixi, congruentiam, quam hic quærimus, in
re esse, non in figura verborum, aut sermo-
nis; tantummodo ut verba, qualiacunque sint,
ad respondendum adhibeantur. In alia lin-
gua exigit Ulpianus, ut uterque alterum in-
telligat ob eam caussam, quam initio hujus
capitis exposui. Sed satis habet, ut alter al-
terum intelligat, vel per verum interpretem.
Interim in interprete verum interpretem exi-
git, ut adhibeatur ad stipulandum is, qui
utriusque linguæ sit peritus, et promissori
dicat, quid stipulator roget, et rursum stipu-
2 latori, quid promissor respondeat. † Quid
ergo, si promissor dicat falsum interpretem
esse, idest, se non promisisse id, quod inter-
pres renunciavit: an fides habebitur inter-
preti dicenti se verum renunciasse? Puto
non modo ei fidem non haberi, si alios te-
stes producat promissor, qui id negent; sed
ne in re quidem dubia id nocere promissori,
ne forte necesse sit ei per se alios testes quæ-
rere, aut alioqui debeat condemnari. Primum
hic interpres in eo testamento unus est. † 3
unius testimonio non creditur, *L. jurisju-
randi, C. de testib.* Deinde hujus interpretis
interest rem ita existimari, ut dicit; et quia
probrosum est ei mendacii coargui, et quia
si falsum dixerit, mandati tenetur; ita aperte
in eo testimonio res ejus agitur. † Nullus 4
autem in re sua idoneus testis. *L. nullus,
supr. de testib. L. omnibus, C. eod.* † Restat, 5
ut verum interpretem esse stipulator, qui
agit, probare debeat juxta regulam juris. *L.
2. supr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.*
† Probabit duobus aliis testibus, qui item 6
periti sint utriusque linguæ, et dicant se in-
terfuisse, cum stipulatio conciperetur eo modo,
quo nunc concepta dicitur, et interpretem
vere interpretatum esse, ut se nunc interpre-
tari dicit. Plane si convenerit inter contra-
hentes, ut interpretis dicto staretur, conven-

tio ex edicto servanda est. *L. jurisgentium. §. prætor, supr. de pact.* Huc pertinet illud, quod semel placuit, amplius displicere non posse. *L. Pomponius, supr. de neg. gest. C. quod semel. de reg. jur. in* 6. Ea res non impedit quominus de mendacio interpretis
7 quæri possit: † non ut promisso retractetur, sed ut ille mendacii convictus promissori damnetur in id, quod ejus interest, quo nomine tenetur ei judicio mandati, qui enim rogat ut interpreteris, mandare intelligitur. De sententiis constitutum est, has Romæ ferri oportuisse Latina lingua. *L. decreto, supr.*
8 *de re judic.* † quod an pugnet cum *L. judices, C. de sent.* non est hujus loci, ut dicamus; a me suo loco pluribus expositum
9 est, idest, ad eam *L. decreta*, † Nunc hoc tenebimus, decreta Romæ ferri oportuisse Latina lingua, utpote vulgo nota; nam de decretis Prætorum id dictum est, qui sunt urbani magistratus. Cur non idem placet in stipulatione? Differentiæ ratio hæc est. Stipulatio res est privati juris contrahentium, utpote quam sibi conficiunt de re privata et familiari; ideo de ea statuere possunt, ut volunt, quorum in potestate fuit eam non contrahere, aut cum contracta esset, statim perimere. Ergo et his multo magis licere debet in ea conficienda adhibere interpretem, per quem si ipsis expedit, rem explicari, bene est: sin minus, de se quæri debent: et vero non intelliguntur fraudari, qui sciunt et consentiunt. *L. nemo videtur. infr. de reg. jur.* Sententia autem non privati juris est, sed publici. Non enim litigatorum est tantum sententia; sed et Judicis, qui publico munere fungitur, atque adeo Reipub. cujus interest ab omnibus intelligi, qualem quisque sententiam ferat, cum ut mali et improbi Judices metuat iniquas sententias ferre, quas sciant ab omnibus intellectum iri: tum bonas excipiant omnes, et cognitas conservent.

Ad L. *Stipulationum.* 2.

Paulus *Libro XII. ad Sabinum.*

Stipulationem quædam in dando, quædam in faciendo constitunt. Et harum omnium quædam partium præstationem recipiunt: veluti cum decem dari stipulamur. Quædam non recipiunt: ut in iis, quæ natura divisionem non admittunt: veluti cum viam, iter, actum stipulamur. Quædam partis quidem dationem natura sui recipiunt: sed nisi tota dentur, stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem aut quodlibet vas. Nam et si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est: sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Ejusdem conditionis est hæc stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari.

S U M M A R I A.

1. *Stipulationis et verbum obligotionis vis.*
2. *In verbis stipulationis quid spectetur.*
3. *Stipulationes, obligationes, actiones, an, et quomodo inter heredes pro portionibus hereditariis ex L. 12. tab. dividantur.*
4. *Monstrat usum quæstionis, quæ stipulationes divisionem recipiant, quæ non; et ordinem, quo in ea explicando I. C. utitur, ostendit.*
5. *Quæ stipulationes in dando, quæ in faciendo consistant.*
6. *Faciendi verbo quid contineatur.*
7. *Stipulationes, quæ dicuntur Mixtæ, tertium genus non constituunt.*
8. *Quæ dicantur recipere partis præstationem.*
9. *Quæ hujus generis sint stipulationes.*
10. *Qualis in rebus dividendis partium servetur ratio.*
11. *Utrum volente creditore; an etiam invito partium præstationem stipulationes recipiant.*
12. *Stipulationum dandi, quæ partium præstationem non recipiunt duo genera*, et n. 16.
13. *Cur inter stipulationes dandi referantur stipulationes servitutum.*
14. *Ususfruct. cur inter cæteras servitutes solus dividuus.*
15. *Omnes res incorporales esse dividuas, quæ pertinent ad percipiendum et consequendum id, quod natura dividi possit.*
17. *Stipulatio generis; plurium rerum certarum sub distinctione promissarum; sortis et pœnæ, lege ipsa et conditione stipulationis divisionem seu partis præstationem non recipiunt: et cur.*
18. *Debitore hominis incerti partem Stichi solvente, ut stipulator adhuc totum hominem petere: ita promissor eam, quam solvit partem, ut indebitam, aut tanquam ob caussam datam caussa non secuta, condicere potest.*
19. *Verborum Pauli,* In pendenti esse, *explicatio.*

1 ET stipulationis, et verborum obligationis vis, quam hoc titulo quærimus, in eo est, ut stipulator, itemque ejus heredes consequantur a promissore, itemque promissoris heredibus, quod ille stipulatus est. Ergo et quod in stipulatum deductum est, et quantum, id illi consequi debent, hi præstare. Quid, et quantum id sit, quæritur. Minus haberet ea res difficultatis, si res ageretur
semper in stipulatorem ipsum, et promissorem.
Nam cum stipulator solus est, nemo ignorat
solidum id eum consequi debere, quod est
stipulatus; et cum solus est debitor, certum
est eum solidum debere præstare quod pro-
misit, † tantum de verbis stipulationis quæri 2
potest, quid his contineatur, sive quantitas,
sive species promittatur; et sive una, sive
plures; et in pluribus sive hæ conjunctim

promittantur, sive disjunctim. Ne in heredibus quidem ullam dubitationem res haberet, in quantum et stipulatoris heredes agere, et promissoris heredes conveniri possint, si jure perpetuo hoc uteremur, ut quemadmodum cæteræ res corporales hereditariæ, sic stipulationes obligationes, et actiones omnes inter heredes dividerentur pro
3 portione hereditaria. ✝ Nunc autem sic dividuntur ista inter heredes pro portionibus hereditariis ex lege duodecim tabularum, si et dividi possint. Quod si stipulatio divisionem non recipiat, sive natura rerum id accidat, sive obligationis conditione, jus conditionem obligationis non mutat, eoque et quæ solida fuerat actio penes decessorem, eadem et solida transit ad heredes. *L. heredes.* §. *an ea, supra, famil.*
4 *ercisc. L. viæ. supra, de ser.* ✝ Ex hac legis distinctione, quæstio nata est circa heredes, quæ stipulationes divisionem recipiant, quæ non recipiant. Hoc ipsum ut sciatur, pro parte illi, an in solidum, et quando vel agant, vel conveniantur, quæstio non admodum expedita: eoque varie, et multis locis tractata est disputationibus veterum; ex quo genere sunt hæc capita tria, quæ sequuntur, quibus hujus quæstionis explicatio continetur: his adjungere oportebit *L.* 5. §. *ult. L. stipulationes non dividuntur,* 72. *L. in executione,* 85. *inf. eod.* Quia igitur Paulus, cujus hæc fere solida hoc loco disputatio est, de heredibus dicturus, quatenus hi ex stipulatione agant, vel conveniantur, ut indicat §. *ex his igitur, inf. ead. L.* intelligebat ex superiore lege rem positam esse in eo, quæ stipulationes divisionem, seu partis præstationem recipiunt, quæ non recipiant: ideo ab ea quæstione statim exorditur: in qua explicanda hanc viam sequitur. Quoniam enim in hac re alia est conditio stipulationum dandi, alia stipulationum faciendi, idcirco hæc genera statim ab initio distinguit: quæ ita persequitur, ut in singulis doceat esse quasdam stipulationes, quæ recipiant divisionem, quasdam quæ non recipiant, et quæ sint, doceat: ac ne qua sit confusio, de his ordine agit: prius de stipulationibus dandi, quod facit usque ad §. *ult.* hujus legis, ut suo loco docebimus, posterius de stipulationibus faciendi, quod fit a §. *ult. usque ad L.* 5. *infra.*

Stipulationum quædam in dando quæ-
5 *dam in faciendo consistunt.*) ✝ In dando, quibus stipulamur, ut quid detur: in faciendo, quibus stipulamur, ut quid fiat. *L. si stipulor,* 25. *infra. eod.* ut quid fiat, inquam, non detur. Sic enim ista in hac divisione opponuntur, ut placeat his verbis distinctas species significari. Est autem dare, dominium rei in aliquem transferre. *L. ubi autem,* 75. *ult. inf. eod.* ✝ Ergo faciendi 6
verbo ex instituto loquentis, et ista opponentis intelligimus quidquid ita fit, ut nulla res eo facto in stipulatorem transferatur: ex instituto loquentis, inquam, non verbi significatione, quam si sequi velimus, etiam qui dat, facit aliquid. *L. verbum facere. infra de verb. signific.* Sed non est novum, ut quæ, cum sola ponuntur, generalia sunt, ea ad speciem revocentur, quoties species certas et distinctas suis nominibus notare volumus, ut res intelligatur: ad quam nos necessitatem in omnibus artibus ac disciplinis commodocendi commoditas, tum verborum inopia adigere consuevit: declaratur id in usu juris verbo adoptionis, cognationis, actionis, et aliis sexcentis. *L.* 1. *sup. de adopt. L. non facile.* §. 1. *L. Jurisconsultus,* §. 1. *sup. de grad. et affi. L. pecuniæ.* §. *actionis, inf. de verb. signif.* §. *alio, Inst. quib. mod. test. infir.* Aliis verbis, eadem sententia dixit Justinianus quasdam stipulationes continere res, quasdam facta. §. *ult. Inst. eod.* res intelligens ea, quæ in aliquem conferuntur. Atque ut hoc sensu nihil in his divisionibus redundat; sic nec plures sunt species stipulationum, si ea spectentur quæ solent in stipulationem deduci: ut proinde nec illis divisionibus quidquam desit. Sunt quidem stipulationes quædam in non faciendo, de quibus agitur in hac *l.* §. *ult. et LL. sequentibus.* sed nihilominus et hæc a Paulo dicuntur in facto esse *d.* §. *ultim. eod. L.* et Justinianus in *d.* §. *ult. Inst. eod.* factis subjicit, si stipulemur fieri aliquid, vel non fieri. Et recte. Nam hoc ipsum non agere, non prohibere agentem, dolum non admittere, et generaliter non facere, facere est, quoniam in his omnibus et similibus qui non facit, sibi imperat, et se continet, ne faciat. ✝ Sunt et quædam stipu- 7
lationes, quæ dicuntur mixtæ, partim in dando, partim in faciendo. *L. veteris, C. de cont. stip.* Sed non ita dicuntur mixtæ, ut efficiatur tertium genus, quod neque sit in dando solum, neque solum in faciendo, sed quiddam tertium duobus constatum, et permixtum: verum ideo, quia una conceptione verborum deducantur in stipulationem simul res, et facta, idest, ut quid detur, et ut quid fiat: cæterum res, quæ dari debent, distinguuntur a factis, et facta a rebus, de quibus singulis etiam idem jus est, quod futurum esset, si diversis stipulationibus promissa essent: ut proinde sit, quasi in ratione juris duæ sint stipulationes, una dandi, altera

faciendi: ut puta, qui promittit se rationes redditurum, duo promittit, et se inspiciendarum rationum, ac subducendarum potestatem facturum, et præterea reliqua se soluturum; ut quemadmodum duæ res distinctæ hic promittuntur, sic quodammodo vi ipsa duas stipulationes esse dixeris. Non enim hic confunditur exhibitio rationis cum reliquorum præstatione; neque solutio cum exhibitione; sed per se utrumque separatim præstandum est. Ex quo intelligitur et in his stipulationibus vere dici, etiam has ipsas aut in dando consistere, aut separatim in faciendo, quod hoc loco intelligi ad institutum Pauli, et ad jus istarum partium explicandum est satis.

Et harum omnium quædam partium præstationem recipiunt; veluti cum decem dari stipulamur.) Locus postulat, ut explicetur, quæ dicantur recipere partis præstationem: tum quæ sint stipulationes hujus generis, posteaquam Paulus rem solum exemplo declaravit: deinde in hac partium præstatione qualem partem, et qualem divisionem intelligamus: postremo quoniam istæ dicuntur recipere partis præstationem, quo sensu dicantur recipere, utrum volente creditore, an
8 etiam invito. † Et dicuntur hoc loco stipulationes recipere partis præstationem, quæ natura pariter, et jure recipiunt: natura, ut in his eæ res sint, quarum pars natura intelligatur, et possit præstari jure, ut hæ ipsæ sic promittantur, ut nihil obstet obligationis conditio, quominus parte rei promissæ præstita debitor liberetur, ac reliqua tantum pars obligationi supersit, ut significat Ulpianus in *L.* 9. *§. ult. infra de sol.* Idque ipsum hoc ipso in loco ex hominis generaliter promissi exemplo satis intelligitur: hominem constat natura recipere partis dationem: atqui stipulatio hominis generaliter promissi, de quo hic Paulus, non recipit; eximit enim eam ab hoc genere primo, cum negat parte hominis soluta debitorem pro ea parte liberari, quia obstet jus et conditio obligationis.
9 † Sunt autem hujus generis, quod secundo loco spectandum est, non certæ tantum quantitas stipulationes, quo exemplo Paulus utitur, sed stipulationes omnes dandi, exceptis quatuor, de quibus proximo versu dicemus: nempe recipiunt partis præstationem tum certæ quantitatis, tum certi cujuslibet corporis stipulatio. *d. L.* 9. *§. ult. inf. de solut.* sed et stipulatio plurium generum, idest, plurium rerum sub appellatione generis promissarum, ut cum promittuntur decem boves. *L. in stipulationibus.* 54. *infr. eod.* quippe insunt in his omnibus res corporales, quæ ut tangi, sic et natura dividi possunt. Nec vero obstat quidquam stipulationis conditio, quominus pars earum rerum recte solvatur; non enim periculum est, ne si partem præstando promissor liberetur, aliis partibus postea separatim solutis, non consequatur stipulator, quod stipulatus est; de qua ratione in contrariis generibus postea dicemus. Eodem numero habentur et rerum incorporalem stipulationes, eum jura stipulamur, si modo ea sint, quæ pertineant ad res corporales percipiendas, ut ususfructus, actiones certæ pecuniæ, hæreditas, et similes, de quibus dicetur
in *§. seq.* † Sed etsi hæ stipulationes pariter 10
divisionem, et partis præstationem recipiunt: non tamen eadem in omnibus dividendis partium ratio servatur, quod tertio loco quærebamus. Quædam res dividuntur numero, quædam corpore: numero omnis summa, et res omnes, quæ pondere, numero, aut mensura constant: similiter et genera plura. Decem promissa sunt: non singula corpora nummorum dividuntur, sed divisio est in quina, et quinque solutis ab uno ex heredibus is in ea quinque in totum liberatos. *L. cum Stichus.* 29. *in fin. infr. de solut.* Idem est, et cum plures res, quarum singulæ per se certam speciem constituunt, infinite seu generaliter promittuntur, ut decem homines, decem boves. *d. L. in stipulationibus, infr eod.* Corpore divisio fit, cum aut corpus unum aliquod certum promittitur, aut plura quidem, sed quæ certa specie continentur, nec in suo genere functionem recipiunt: ut, si Stichus promittatur, aut Stichus et Pamphilus. In quibus ideo corpore fieri divisionem dicimus, quod singula corpora, etsi plura promissa sint, dividuntur inter heredes pro portionibus hæreditariis. *d. L. cum Stichus, §. ult. de solut.* vide plura ad *L. in stipulationibus infr.* Partes autem corporum, non divisas intelligere debemus; sed indivisas, idest, quæ quamvis corpore integro rel manente, intelligantur tamen; unde constare dicuntur intellectu magis, quam corpore. *L.* 5. *infr. de stip. ser. L. Mævius, §. duorum, sup. de legat.* 2 eæ sunt, quæ inter socios habentur in rebus communibus, quarum effectus in percipiendis pro parte commodis, et sustinendis pro parte incommodis cernitur, de quibus nihil planius, aut verius dici potest, quam quod scriptum est hoc loco a
Franc. Duareno. † Quod reliquum est, quod 11
dicitur has stipulationes partium præstationem recipere, bene moneant vulgo sic accipi debere, si creditor partem oblatam admittat, non si recuset. Nam præter quam quod iniquum est cogere creditorem in solutione quidquam admittere, quod ei damnosum sit;

L. Paulus. 9 *infr. de solut.* quale est cum particulatim illi solvitur: *L.* 5. *supr. fam. ercisc.* etiam verbum præstationis, quo Paulus hic utitur, id satis significat. Non enim fit præstatio natura, nisi volenti. Invito quidem pars offerri potest: at præstari invito per rerum naturam non potest; non est enim præstatio sine accipiente, uti nec donatio, de qua isto ipso modo scribit Cic. in Topic. *Scio a nonnullis contra disputari, eoque postulabat hæc quæstio longiorem orationem.* Sed si quis etiam nostra de eadem re desiderat, expositus est a me hic locus pluribus ad *L. quidam, supr. si cert. pet.* ut eo loco, in quo velut ex professo de ea quæstione agi videbatur: non necesse est eadem hoc loco inculcari fortasse alienius.

Quædam non recipiunt.) Quæ stipulationes dandi partium præstationem non reci-
12 piunt, docet. † Earum facit duo genera, ut et revera sunt duo. Quædam natura tales sunt, quædam stipulationis et lege et conditione. Natura eæ, quæ sunt earum rerum, quæ res sua natura dividi non possunt. *L. stipulationes non dividuntur.* 72. *infr.* hujus generis res sunt, servitutes omnes prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum; de rusticis hic scriptum est exempli loco; de quibus idem in *L. viæ, supr. de servit.* de omnibus servitutibus prædiorum idem definitum est in *d. L. stipulationes non dividuntur.* Ex servitutibus personalibus etiam usus est indivisus. *L. usus pars, supr. de usu et hab.* ususfructus divisionem recipit, potestque constitui non pro parte rei tantum divisa; sed etiam indivisa. *L.* 1. §. *si ususfructus, supr. ad L. Falc. L.* 5. *supr. de usufr.* Nam quod in *L. stipulationes non dividuntur,* generaliter dicitur servitutes non recipere divisionem, constat eo sensu dictum esse, quo servitutes prædiorum per excellentiam absolute servitutes dicuntur, ut in *L.* 4. et pene *toto tit. supr. de servit.* et §.
13 *ult. Inst. de usu. et hab.* † Non est autem mirum, si inter stipulationes dandi, de quibus hic agit Paulus, refert stipulationes servitutum. Nam et servitutes res sunt, quæ suo quodam modo et tradi possunt, et traditæ dari, idest, in accipientem transferri intelliguntur; *L. quoties,* 2. *sup. de servit. L. si unus, supr. de ser. rust. præd. L.* 3.
14 *supr. de usufruct.* † Sed cur cæteræ servitutes indivisæ, ususfructus dividuus est, cum pariter omnes sint incorporales, nec quidquam sit in his, quod natura possit dividi? Quia istæ res non ex eo, quod sunt natura (secundum quam nihil sunt, intelliguntur tantum) sed ex eo, quod ex his jure percipimus, æstimantur. Omnes servitutes in usu sunt, nempe in eo, ut alieno utamur, aut dominum suo arbitrio utentem prohibeamus. Sed quædam hoc in usu terminantur; quædam progrediuntur longius, et huc spectant, ut utendo etiam fruamur, idest, fructum, rem per se corporalem et dividuam acquiramus. Quæ usu et facto terminantur, qualis est via, iter aquæductus, et cæteræ prædiorum servitutes, dividi non possunt, quia usus earum, ex quo æstimantur, est indivisus. *L. viæ, supr. de ser.* nam nec quandiu imus, sic itionem et gradum temperare, aut suspendere possumus, ut partim ire, partim non ire videatur. Si imus, sine exceptione imus; si non imus, in totum verum est nos non ire. Postquam autem ivimus, egimus, nihil inde relinquitur; nam et factum abit, nec ulla res inde acquiritur, quæ sub sensum cadat, et possit dividi. Eadem ratio est usus, qui est servitus: nam et hic in sola rei tractatione, et necessario usu positus est, post quem nihil est, quod usuario ad compendium relinquatur. *L. plenum,* §. 1. *sup. de usu. et hab.* Quod si qua servitus posita sit in fruendo, idest, sic in utendo, ut tamen ad compendium uti liceat, id est fructus inde pro arbitrio percipere: uti res sunt, quæ inde percipiuntur, ita existimatur esse servitus, fructus dividi possunt: proinde et jus fructuum percipiendorum; ac talis est ususfructus. Inde dividuus, qui et ab eo constitui possit, qui cum alio fundum communem habet.
† Quo exemplo recte cum Egu. Barone de- 15
finiemus, omnes res incorporales esse dividuas, quæ pertinent ad percipiendum et consequendum id, quod natura dividi possit: quales sunt actiones, quibus pecuniam, aut speciem aliquam petimus; item hæreditas: Ideo actiones dividuntur inter heredes. *L. ea quæ, C. fa. erc.* dividitur et hereditas
L. quoties, 9. §. *hered. supr. de her. Inst.* † 16
Lege ipsa et conditione stipulationis, quæ stipulationes divisionem, seu partis præstationem non recipiant, docet Paulus in illis verbis; Quædam partis quidem dationem natura sui recipiunt; et deinceps. Eæ sunt autem, si de omnibus una definitione dicendum est, quibus ita res una aliqua, quamvis corporalis et natura dividua deducta est in stipulatum, ut potestate stipulationis electio promissori tribuatur, ex pluribus utrum hanc, an illam præstet: sic
tamen, ut unam saltem præstare debeat. † 17
Quod accidit in tribus generibus stipulationum: in stipulatione generis, sive ea qua hominem, lancem, aut res similes genera-

liter stipulor; In stipulatione plurium rerum certarum sub distinctione promissarum: ut Stichum aut Pamphilum dabis? tum in stipulatione sortis, et pœnæ, quarum de duabus prioribus hic agitur, de tertia in *L.* 5. §. *ult. infr. eod.* Ac cur non recipiunt hæ stipulationes divisionem prohibente conditione obligationis, hæc ratio est, quæ in stipulatione generis hoc loco exposita, ad omnes superiores species, quarum eadem natura est, transferri debet: quod si parte unius rei soluta, debitor pro ea parte liberetur, stipulationi satis non fit: idest, ut ipse alibi interpretatur, non consequitur stipulator, quod stipulatus est. *L. in executione.* §. *pro parte*, *inf. eod.* Et cur non consequatur etiam ibidem scribit: *quoniam isto modo*, inquit, *in diversis rebus partes solverentur.* Ac cur solverentur, inquam? deinde cur his ita solutis non consequatur stipulator, quod stipulatus est, seu quod conditione obligationis præstari debuit? Et prius quidem efficitur electionis jure, quam stipulatio in his generibus tribuit. Nam si promissori parte soluta pro ea parte liberatio contingit, eveniet, ut possit et alterius rei partem præstando liberari, qui ex stipulatione non partem certæ rei, et ejus cujus partem jam solvit, debuit, sed partem hominis in genere, aut partem Stichi, aut Pamphili, utrum maluerit. Ita fiet, ut liberetur, non unam rem præstando, sed duarum diversarum rerum partes. Atque hinc consequens, illud, quod proposuit, non satisfieri stipulationi, seu non consequi stipulatorem quod stipulatus est. Quippe rem unam aliquam, puta hominem vel Stichum, vel Pamphilum stipulatus est, et quamcumque eliget debitor, unum certe ex conditione et lege stipulationis præstare debuit; duarum autem hominum partes, unum hominem non efficiunt, sicut nec duarum aliarum rerum partes, rem unam. Ex quibus efficitur, eum, qui ista ita debuit, conditione stipulationis impediri, quominus unius rei parte soluta ante liberetur, quam reliquas
18 ejusdem rei partes solverit. † Quid igitur hominis parte soluta interim fiet? nempe hæc sunt consequentia; quod ad stipulatorem attinet, potest ille adhuc totum hominem petere, id enim futurum erat, si nihil omnino ei solutum esset, quod et nunc contingit, et quæ illatio est apud Ulpianum in *L.* 9. §. *ult. in fin. infra, de solut.* Quod autem attinet ad promissorem, potest is repetere eam partem, quam solvit: quod hic Paulus posuit. Nam si debitor pro ea parte liberatus non est, ea pars debita non fuit: alioqui ejus solutione liberatus, esset, siquidem in solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio. Tit. *quibus mo. toll. obl. in pr.* si pars indebita soluta est, locus est indebiti condictioni *L.* 1. *L.* quod indebitum, *sup. de cond. inde.* Non male etiam dicetur eam partem condici posse, tanquam ob causam datam caussa non secuta. Pars enim ob eam caussam data erat, ut catenus promissor liberaretur, quæ caussa secuta non est. Sed addit Paulus de hac parte, quod cum prioribus non videatur satis cohærere: ait enim hanc aut statim repeti posse, aut in pendenti esse, donec alius homo detur, † 19
idest, interim eam repeti non posse, sed repetitionem pendere in id tempus, donec alius detur. In quo jam non tam non coherentia, quam secum plane pugnantia loqui videtur. Nam si ea pars statim repeti potest, non pendet ejus repetitio: si pendet, donec alius homo detur, non potest statim repeti. Et negari non potest esse hæc pugnantia siquidem a Paulo dicerentur absolute; ac sine ulla conditione. Nunc autem dicitur utrumque sub conditione contraria. Quod enim ille scribit partem hanc in pendenti esse, donec alius detur, his verbis continetur hæc conditio, si alius non detur. Ex quo intelligi debet, quod prius dixerat eam partem statim repeti posse, id accipi debere dictum esse sub contraria conditione, si quidem alius homo detur. At hic etiam nobis occurritur: alterutrum enim necesse est, promissorem pro ea parte quam solvit, aut liberatum esse aut non esse: Si liberatus est, pars soluta repeti non potest, neque statim, neque unquam postea: apparet enim debitam fuisse, si ejus solutione debitor est, liberatus, debita repeti non potest. Quod si promissor liberatus non est pro ea parte, ea statim repeti potest; quamvis alius homo non detur, apparet enim hoc modo istam indebitam esse. Et hæc omnia recte colliguntur, si constaret horum alterutrum, debitorem nimirum pro ea parte, aut liberatum esse, aut non esse. Sed utrumque apud nos incertum est, atque adeo utrum fiat, pendet ex naturæ eventu; eo etiam in pendenti est repetitio, de qua nihil nisi ex eo eventu statuere, aut affirmare possumus. Nam si promissor ejusdem hominis alteram partem solvat postea, pro utraque parte liberatur: ita posterior solutio declarat priorem partem fuisse debitam, *dict. L.* 9. *in fi. infra, de solut.* contra si promissor priore voluntate mutata, alium hominem solvat, apparet ex eventu eum pro ea parte non esse liberatum: proinde et priorem partem

indebitam fuisse ut declaratur in *L. si non sortem, §. si decem, supra, de cond. ind.* Recte igitur Paulus sit in pendenti esse repetitionem, donec alius detur, quod si statim detur, etiam partem ante solutam statim repeti posse.

Ejusdem conditionis est hæc stipulatio, Stichum aut Pamphilum dabis?) Stichi parte soluta ex ea caussa hujus stipulationis, si promisso pro ea parte liberatur; electio rerum, quam hæc stipulatio itidem ut superior tribuit, facit. ut idem incommodum in solutione metuamus, quod in illa stipulatione generis, ut supra ostendimus: faciet igitur et conditio stipulationis eadem, ne promissor pro ea parte liberetur; ex quo et illa consequentia de ea parte, quam supra diximus.

Ad §. *Ex his igitur.*

Ex his igitur stipulationibus, nec heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quandiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur: ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via: heredes promissoris singuli insolidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum præstiterit, repetitionem habebit a coherede familiæ erciscundæ judicio. Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris, viæ, vel itineris heredes singuli insolidum habeant actionem. Sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant: quia per singulos acquiri servitus non potest. Sed non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis.

SUMMARIA.

1. *Quotenus ex stipulatione generis et alternativa heredes agant, vel conveniantur.*
2. *Generalem esse Pauli definitionem, ex persona heredum conditionem obligationis non immutari, pariterque ad omnes obligationes, tam dividuas, quam individuas pertinere.*
3. *An in heredibus legatarii, cum alter partem suam acquirere, alter repudiare aliter atque legatarius possit, obligationis conditio immutari dicatur.*
4. *Quid in heredibus ejus, cui humanitatis ratio beneficium tribuitur.*
5. *Ex stipulationibus, in quibus res promissa natura divisionem non recipit, promissoris heredes in solidum singuli tenentur.*
6. *Quomodo ab uno ex heredibus promissoris utiliter solida servitus peti possit: et quis hujus petitionis exitus.*
7. *Quomodo in æstimationem damari possit, qui servitutem debet.*
8. *Singuli heredes stipulatoris solidum servitutem petunt; et quæ hujus juris ratio.*
9. *Jus diversum in promissoris et stipulatoris heredibus circa æstimationem servitutis præstandam, et auferendam.*
10. *Illustratio* §. An ea, in L. heredes, *supra*. Fam. erc.
11. *Sensus verborum Pauli:* Non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis.

Præfatus Paulus, quæ stipulationes dandi divisionem non recipiant, ingreditur quæstionem de heredibus, quam illi dixi propositam, et propositam esse ex hoc loco ap-
1 paret. † Sic ergo definit; si ex his stipulationibus etiam proximis, quamvis natura rerum recipiant partis præstationem (stipulationem intelligit generis, et alternativam: nam de stipulatione servitutis postea separatim subiicit: et præterea non cadit in servitutem, ut pars ejus solvi possit: quam tamen solutionem partis hic statuit) ex his,

inquam, si promissor ipse partem rei solvendo pro ea parte non liberatur; ne heredes quidem promissoris pro parte solvendo liberari possunt prius, quam omnes eandem rem præstiterint. Obstabat huic sententiæ lex duodecim tabularum, qua lege obligationes et actiones hereditariæ dividuntur inter heredes pro portionibus hereditariis. *L. ea, quæ. C. fam. erc. L. heredes, §. an ea, supra eod.* Ideo huic objectioni occurrit Paulus subjecta ratione: *non enim*, inquit, *ex persona heredum conditio obligationis immutatur;* quod perinde valet, ac si diceret: dividitur quidem ex lege duodecim tabularum obligatio inter heredes, sed ita si promissor partem dando potuit pro ea parte liberari: quod si id promissor non potuit, ne heredes quidem ejus poterunt; quoniam ex persona heredum non immutatur conditio obligationis. Sententia Pauli de stipulatione inter heredes non dividenda, quæ in promissor partis solutionem non recipit, certa est: in quam et alii loci juris consentiunt. *d. L. heredes, §. an ea, supr. fam. erc.* De ratione, qua utitur, ambigi solet, num nam ita accipienda sit, uti ab illo concepta est.
2 † Generaliter ille definit, ex persona heredem conditionem obligationis non immutari. At hoc in dividuis stipulationibus falsum videtur: veluti cum pecunia promissa est, vel certa species una, aut plures conjunctim, in quibus hæc conditio est obligationis, ut promissor in solidum teneatur; heredes solum pro portione hereditaria: quo modo quis non judicet ex persona heredum, conditionem obligationis immutari? hoc vero dum negare non audent, non tantum vulgares interpretes plerique, sed etiam ex doctissimis nonnulli, admonent hic generalem regulam non tradi, sed de obligationibus tantum his, quæ in persona promissoris divisionem non recipiunt de quibus hoc loco Paulus agit, quasi ille ita scripsisset: non enim in his generibus, de quibus agimus, idest, stipulatione generis, et alternativa, et similibus ex persona heredum conditio obligationis immutatur: sentientes in aliis, in quibus defunctus pro parte solvendo liberari potuit, idest, dividuis ex persona heredum conditionem earum immutari posse. Sed de jure et conditione heredum paulo post: ante, si placet, paucis et verba superioris sententiæ, et genus argumentandi Pauli consideremus. Quam multa sunt in utroque suscipienda, quæ sint indigna, non dico Paulo, sed etiam quovis triviali scriptore, si superiorem interpretationem recipimus? Is ita definit: *non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur;* cur non addit in his obligationibus? quia de his agebat, inquies: certe in superiore definitione agebat: at in ratione qua utitur, incertum, utrum idem sentiat: nisi nominatim addiderit: quia nihil vetat rationes propositione sua esse generaliores. Cur addit in priore definitione, ex his igitur stipulationibus: in ratione, in qua maxime conducebat id explicari, prætermisit? sed hæc leviora. At quid genere argumentandi dicemus? Ille ratione utitur ad probandum, quod de obligatione inter heredes non dividenda dixerat. Et quodnam tandem genus argumenti, et rationis hoc erit, si ut illi volunt, ita superiorem definitionem interpretamur? Nempe hoc: ideo in his obligationibus heredes pro pro parte solvendo non liberantur, non magis, quam defunctus; quia in his non alia est conditio heredum, quam defuncti. Ridicula plane et inepta ratio, et ad id probandum, quod propositum est inutilis; non solum quæ generalis non sit, sed etiam quæ sit eadem cum propositione, et ea quæ inter notissima vitia argumentationem nominetur petitio principii. Si hanc tantum rationem Paulus dicit in his obligationibus individui, non immutari ex persona heredum conditionem obligationis; hoc amplius quæram, quamobrem in his obligationibus non immutatur conditio obligationis ex heredum persona potius quam in aliis individuis? cur cum heredes ubique heredes, sint et in jus ac locum defuncti succedant, in quibusdam eodem jure et conditione utentur; Ita ratio erit, quam ipsa propositio incertior, vitiosque, quam propositio, alia ratione debuit confirmari. Hoc ita est, si quid hanc rationem efficere volumus, generalem esse oportet, et ita statui, omnibus obligationibus, qualescunque sint, ex persona heredum non immutari conditione obligationis; sic deinde recte colligetur: ergo nec in his de quibus agitur, nec in eo, de quo quæritur, idest, in partis solutione, ea conditio immutabitur, quæ apud defunctum fuerat. Sed cur dubitamus id statuere, cum jus et nomen heredis id a nobis exigant? Quis est enim heres? qui in locum et jus defuncti succedit; qui ejus partibus fungitur; qui eodem jure per omnia utitur. *L. quædam. §. 1. supr. de eden. L. qui in jus, infr. de reg. jur. §. ult. Inst. loc. et cond.* Denique qui eadem personam sustinet cum defuncto. *novell. de jureju. a mor. præst. §. 1.* Quid est autem heredum eundem locum, idem jus et partes, eandem personam esse: nisi hoc, quæ conditio juris

in personâ defuncti fuerat, eandem esse omni ex parte, et in persona heredum? quod si eadem, an dubitamus pronunciare eam ex persona heredum non immutari? Non immutatur igitur ullo in genere obligationum ex persona heredum conditio obligationis: quod non solum hoc loco generaliter positum est a Paulo; sed etiam Ulpianus eadem servata generalitate sententiæ usurpavit in *L. prætoriæ*, §. 1. *infra, de præt. stip.* nec profecto minus verum est, quam omnes verum esse fatentur illud, quod de successione in locum et jus defuncti diximus. Neque vero quidquam est ex iis, quæ vulgo contra afferri solent, cur hanc sententiam mutare debeamus, si quis singula paulo attentius expendet. In obligationibus certæ speciei et summæ, inquimus, promissor in solidum tenetur, et ita tenetur, ut nec partem invito creditore possit solvere: heredes solum tenentur, proportione hereditaria. Hoc vero non est immutare conditionem obligationis ex persona heredum; sed maxime conservare: ideo enim et promissor tenetur in solidum, quia solidum debuit: heres pro parte, quia partem debet, pro qua scilicet est heres: hactenus igitur utriusque par conditio, quod uterque præstat, quod debet, non amplius. contra quam rationem si ab uno ex heredibus exigatur solidum, cum pro parte tantum heres fuerit, immutatur potius conditio obligationis, quæ in persona defuncti fuerat, utpote a quo nihil amplius exigebatur, quam quod debuit. Demus tamen ex persona cujusque heredis conditionem obligationis in eo immutari, quod promissor solidum debuerit singuli heredum partem duntaxat; nihil hoc adversus superiorem definitionem, qua non traditur conditionem obligationis non immutari ex persona cujusque heredis, sed ex persona heredum: non est iniquum conditionem obligationis immutari ex persona unius heredis, ne unus ex multis tantum præstet, quantum defunctus, qui solus debitor fuit, imo vero ita factum oportuit, absurdum sit enim unum heredem teneri in solidum tanquam heredem, qui solum heres sit pro parte: solum id cavendum est, ne immutetur conditio obligationis ex persona omnium heredum, hi enim demum conjuncti in solidum defuncti personam sustinent, omniumque in eo numerus pro singulari persona habetur, ut est in *L. cui fundus, in fin. sup. de cond. et demonst.* Proinde si omnibus his solventibus consequitur stipulator, quod stipulatus est, tum obligationi satistit, servaturque conditio obligationis in persona heredum. Quod si omnibus partes solventibus non consequatur stipulator eum hominem, quem stipulatus est, quod fit cum partes a singulis solvuntur in diversis hominibus: hic demum evenit, ut dicatur conditio obligationis immutari ex persona heredum; quia non singulorum heredum, sed omnium simul, seu universorum persona inspecta immutetur. Id vero est, quod fieri non posse dicimus, et in quo conditione obligationis ex persona heredum non posse immutari hæc definitio significat: quo nihil verius, pariterque ad omnes obligationes tam dividuas, quam individuas pertinet. Reliqua sunt expeditu facillima, quæ contra dici solent. ✣ Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest: heredes ejus possunt, ut alter partem suam acquirat, alter repudiet. *L. legatarius*, 17. *supr. de leg.* 1. nihil hoc ad definitionem, quæ conditionem obligationis immutari vetat; cum in specie legati proposita ea conditio non immutetur, immutatur quidem petitionis conditio ex persona heredum legatarii, ejusdemque creditoris; sed manente semper eadem conditione obligationis adversus debitorem, quæ futura esset, si legatarius adhuc viveret. Immutaretur ex istorum persona obligationis conditio, si aut ipis universis constitueretur minor obligatio legati, quam fuisset in persona defuncti, aut ex ipsorum persona augeretur obligatio debitoris, ut plus his deberet, quam legatario. Nunc autem nihil horum in proposito accidit. Sive enim universi legatarii heredes legatum pariter repudient, aut agnoscant, eadem semper obligatio manet debitoris, quæ prius fuerat, non enim aliter tenetur heres, quam si legatarius vivus legatum itidem solidum repudiaret, aut agnosceret; sive unus ex heredibus legatarii legatum acquirat, alius repudiet, non ideo augetur debitoris obligatio, sed minuitur potius, sed nec minuitur jus obligationis heredibus legatarii invitis, quorum omnium in potestate fuit legatum agnoscere, quin volentes jus suum recte remittant, nulla dubitatio est, sed hoc ad minuendam eorum obligationem, aut augendam obligationem debitoris nihil pertinet. Etsi igitur mutatur hic forma acquirendi aut repudiandi legati ex persona heredum: non ideo tamen ullo modo concedendum est immutari conditionem obligationis legati vel legatarii heredibus, quibus tantundem debetur, quantum legatario si viveret; vel debitori, qui non ideo quidquam amplius debere incipit. Cur ergo in persona legatarii non scinditur legati petitio: ex persona heredum scinditur si quis roget, dicendum est id fieri non ex 3

conditione obligationis. quæ in legatario alia sit, et alia in ejus heredibus. sed ex inconstantia legatarii, quam in re sibi delata partim agnoscenda, partim repudianda adversus judicium defuncti leges non ferunt: hæc in legatario est, cui solidum legatum relictum est si pro parte id agnoscat, pro parte repudiet, cum possit aut totum acquirere, aut totum repudiare. Ea in heredibus legatarii nulla est, si quanta pars singulis delata est, tantam singuli aut agnoscant in totum, aut in totum repudient: quamvis quibusdam partem suam agnoscentibus, alii suam repudient. Neque enim est in potestate cujusquam eorum efficere, ut cum ipse suam agnoverit,
4 alius item suam agnoscat; aut contraria. † Illud palam est superiori definitioni non adversari, quod quæ beneficia personalia tribuuntur promissori, omnique debitori ea non tribuuntur ejus heredibus; veluti ne maritus in repetitione dotis damnetur, nisi in id quod facere potest. *L. maritum, supra, sol. matr.* Sunt enim hæc beneficia personæ, non obligationis, sic enim tribuuntur, ut debitor humanitatis aut pietatis ratione his uti possit: cæterum jure nihilominus solidum debeat. *L. quia tale, sup. sol. mat. L. unica. §. cum autem, C. de rei uxo. act.* Quo fit, ut si ab heredibus solidum exigatur, dici possit personarum beneficium una cum earum qualitate et ratione mutatum esse; non etiam mutata conditio obligationis, quæ et in promissore fuerit eadem, si nihil amplius in eo spectaretur, quam jus ipsum obligationis. Teneamus igitur vere hoc definiri in omni genere obligationum, nunquam ex persona heredum conditionem obligationis immutari.

Et ideo si divisionem) Ut in obligatione generis et alternativa promissoris heredes ex lege quidem duodecim tabularum non nisi pro parte tenentur, hanc tamen solvendo non prius liberantur, quam si omnes eandem rem solverint, idque consequens est superiori definitioni, quia nec promissor ipse pro parte solvendo aliter liberari posset:
5 sic † in iis stipulationibus, in quibus res promissa natura divisionem non recipit, veluti via, et illud eidem definitioni consequens est, non jam heredes pro parte solvendo statim liberari posse, sed ne partem quidem viæ posse præstare, ut quæ divisionem non recipiat, eoque etiam singulos eo nomine in solidum teneri: scilicet quia et promissor, solidam servitutem debuit; et ita debuit, ut nec partem præstare posset, si vellet: nec vero ex persona heredum conditio obligationis immutatur: quæ Pomponii sententia est relata in *L. viæ, supra. de servit.* † Ergo stipulatur viæ a singulis promissoris 6
heredibus, quibus licebit, solidam viam petere potest. Imo stipulatio corrupta est, dixerit aliquis, quia deducta sit in eum casum, a quo incipere non potuit. Sed hoc non placuit, cum aut stipulator viæ, aut promissor decessit relictis pluribus heredibus: quamobrem dicetur suo loco. *L. pluribus, §. 1. infr. eod.* Sed et alia ratione, dicat quispiam quamvis stipulatione manente inutili; petitio sit servitutis ab uno ex heredibus, frustra enim ab eo petatur, si eam præstare non potest: constat autem unum ex pluribus dominis servitutem, etiam si velit, fundo communi imponere non posse. *L. si quis duas, §. 1. supra. commu. præd.* Sed non ideo petitio inutilis. Primum hæc ad hoc proderit, ut excitatus heres conveniat cæteros cohæredes suos quo consentiant de servitute imponenda, quod si faciant, recte simul servitutem cedent. *L. per fundum, sup. de ser. rust. præ. L. ult. sup. com. præ.* ad eos autem interpellandos si heres conventus spatium petet, impetrare debet, *L. fideicommissa*, 11. *§ si in opera, sup. de leg.* 3. Quod si heres is, a quo servitus petitur, aut coheredes non interpellat, aut interpellati servitutem non cedunt; sine dubio solus, qui convenitur, servitutem imponere non poterit, frustraque damnetur, ut eam cedat: sed æstimationem servitutis potest præstare: in hanc vero condemnabitur, ut significatur in *L. heredes, §. contra, sup. fa. erc.* significat et hoc loco Paulus, cum ait fore, ut quo casu unus ex heredibus condemnatus solidum præstiterit, repetat a coheredibus judicio familiæ erciscundæ solidum cum dicit, non intelligit solidam servitutem, neque enim imponere unus heres potuit, restat, ut æstimationem intelligat, quam singuli de suo possunt præstare. † 7
Sed quomodo in æstimationem damnari potest, qui servitutem debuit, non æstimationem? Qui rem aliquam certam debet, hanc ipsam præstabit, si potest: si non potest, neque per eum stat, quominus præstet, ita in eam non tenetur, ut nec teneatur in æstimationem. *L. in ratione, §. incertæ, sup. ad leg. fal.* De re non tenetur, qui hanc præstare non potest: impossibilium enim nulla obligatio est, *L. impossibilium, infr. de reg. jur.* Non tenetur in æstimationem: quia rem promisit, et debuit, non æstimationem. Dicendum est, cum per aliquos coheredes stat, quominus servitus cedatur, id factum ceteris nocere debere, quia obligatio a defuncto descendat, qui ex unius facto obligare potuit cæteros, ideo omnes quasi ex facto

suo, aut defuncti in æstimationem ejus rei, quam culpa sua non præstent, merito condemnari. Arg. in *L. inter.* §. *quod ex facto. sup. de fa. erc.* de quo plura ad §. *ult. inf. ead. l.* Sed quoniam iniquum est cæterorum coheredum facto unum onerari ideo placet, quod unus præstiterit, id eum a coheredibus repetere posse, in eamque rem esse judicium familiæ erciscundæ: hoc potius, quam negotiorum gestorum, qui is necessitate obligationis hereditariæ coactus, non sua voluntate solverit. *L. heredes*, §. *si unus, sup. fa. erc. l.* 6. §. 1. *sup. com. divid.*

***Ex quo quidem accidere Pomponius ait*)** Si promissore viæ pluribus heredibus relictis defuncto singuli heredes in solidum viam debent: recte hinc effici putavit Pomponius
8 † si stipulator viæ decesserit pluribus relictis heredibus, etiam singulos ejus heredes in solidum habere actionem. *L. viæ. sup. de ser.* Utrubique eadem ratio est, atque adeo in heredibus stipulatoris major. Promissor viæ partem viæ præstare non potuit: ideo heredes ejus nec partem præstare possunt; quia in jus idem succedunt; proinde et stipulatoris heredes singuli solidam viam petent: quia stipulator ipse non nisi solidum petere, et consequi potuit, et heredes hic quoque in jus idem succedunt. Hactenus ambo rum par ratio; in eo etiam in stipulatoris heredibus major. quod heredes promissoris servitutem aut æstimationem ejus præstando faciunt deteriorem conditionem tum suam tum coheredum: heredes autem stipulatoris servitutem acquirendo faciunt conditione et suam, et coheredem meliorem: facilius autem recipitur. ut quis conditionem vel suam vel aliorum meliorem faciat, quam ut faciat deteriorem. *L. solvendo, sup. de neg. gest.* Sed hoc casu, inquit Paulus, quidem putant inutilem fieri stipulationem: hoc casu, idest cum stipulator decessit relictis pluribus heredibus. Cur hoc casu dixit potius, quam cum promissor pluribus heredibus relictis decessit: cum constat nihilominus promissoris heredes pro parte imponere posse servitutem, quam heredes stipulatoris pro parte
9 acquirere? † Quia promissoris heredes etsi servitutem ipsam singuli præstare non possunt, possunt tamen præstare æstimationem, et quidem in eam condemnantur, ut supra dixi, quia et possunt, ut hac ratione nunquam fiat stipulatio agenti inutilis. At heredes stipulatoris præter quam quod servitutem pro parte acquirere non possunt: nec æstimationem possunt auferre a promissore cum per eum non stat, quominus præstet servitutem, sed per ipsos heredes stipulatoris. Servitutem enim promissor debuit, non æstimationem servitutis. quoties autem res debita dari non potest, nunquam debitor damnatur in ejus æstimationem. nisi per eum stat, quominus illa præstetur. *L. in re furtiva, in prin. et* §. 1. *supra, de cond. furt* † Quod enim dicitur in *L. heredes*, §. 10
an ea, supra, fam. ercisc. si non præstetur via heredibus stipulatoris, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportere: sic accipiendum est, si per promissorem stet, quominus præstetur via, non per heredes stipulatoris: quod fit, cum omnibus heredibus stipulatoris de servitute acquirenda consentientibus, tamen promissor servitutem non cedit. Quæ res plane inutilem stipulationem stipulatoris heredibus facere videtur. Sed non ita est: nam per singulos heredes acquiri servitus non potest: ac potest per omnes, si consentiant, et his eodem tempore cedatur servitus. *L. ult. sup. com. præd.* Sed rursum hic occurrebatur: nam vel hoc ipso argumento dici debere videtur stipulationem hoc casu fieri inutilem, quia difficile est, ut omnes heredes consentiant de loco, cui servitutem acquiri velint, propter naturalem hominum facilitatem ad dissentiendum, qua ratione et improbatur compromissum, quo in duos tantum compromissum est. *L. item si unus*, §. *principaliter, supr. de recep.* † Hæc est 11
illa objectio tacita, ad quam diluendam illa verba Pauli, quæ sunt in extremo referri debent: ***sed non facit**, inquit, **inutilem stipulationem difficultas præstationis:*** hoc enim eam significationem habet, quasi diceret: non potest per unum ex stipulatoris heredibus via acquiri, nisi cæteri omnes consentiant; ac consentire omnes difficile est: sed difficile tantum, non etiam tale, quod natura fieri non possit. Porro sic jus est, nunquam difficultatem præstationis inutilem facere stipulationem; sed hanc ita demum esse inutilem, si per rerum naturam præstari non possit, quod promissum est. *L. continuus*, §. *illud, infr. eod.*

Ad §. *Si tamen hominem.*

Si tamen hominem stipulatus, cum uno ex heredibus promissoris egero: pars duntaxat cæterorum obligationi supererit, ut et solvi potest. Idemque est, si uni ex heredibus acceptilatum sit. Idemque est in ipso promissore, et fidejussoribus ejus, quod diximus in heredibus.

SUMMARIA.

1. *Speciem hujus §. de homine incerto, non certo, accipiendum quatuor rationibus ostendit.*
2. *Quomodo accipiendum; Ex promissione generis aut alternativa unum ex heredibus pro parte solvendo non liberari.*
3. *Homine generaliter promisso, si uni ex heredibus promissori pro portione hereditaria acceptolatum sit, ei pro parte sua contingit liberatio.*
4. *Cur aliud in partis solutione, quam acceptilatione.*
5. *Quid juris in pacto, transactione, judicis absolutione.*
6. *Pauli responsum de ejus, qui generaliter hominem promisit, herede, cum quo actum est, pro parte liberato, tam ad eum, qui sententia judicis condemnatus solvit, quam qui absolutus est, referendum.*
7. *Cur, qui ex stipulatione hominis generaliter promissi partem sponte solvit non condemnatus, non liberetur: is autem qui condemnatus solvit, liberetur.*
8. *Explicatur regula: Nemo conditionem suam deteriorem facit litem contestando.*
9. *Eadem ratio fidejussorem promissoris, quæ heredum.*

1 His verbis, † si tamen *hominem stipulatus*, quin de eo sentiat, qui non certum hominem veluti Stichum, sed hominem in genere stipulatus sit, dubitari non debet: non solum quia verbo hominis homo in genere intelligatur, aut quia in certo homine promisso rem diceret minime dubiam, si diceret uno ex heredibus promissoris certi hominis pro parte liberato, cæteras parte a coheredibus deberi, aut quia etiam rem diceret a proposito alienam, ut qui de his stipulationibus agat, quæ divisionem non recipiant: sed multo magis quia ex adversativa, *tamen*, appareat eum exceptione corrigere, aut certe interpretari velle aliquid eorum, quæ prius in homine promisso circa promissoris heredes dixerat. De homine autem generaliter promisso prius dixit, quatenus in eo promissoris heredes teneantur: de certo homine promisso nihil. Non est igitur dubitandum, quin hæc sive exceptio, sive cautio ad generis obligationem, et similes referatur. Quid autem in iis, quæ de hoc genere prius dixerat,
2 cavendum moneat, vide. † Ex promissione generis, aut alternativa dixerat unum ex heredibus pro parte statim liberari non posse, sed adjecerat pro parte solvendo. Id ne quis sic interpretaretur, quasi ex hujusmodi obligationibus unus ex heredibus nullo modo statim pro parte liberari posset, cum cæteri coheredes eandem rem non præstitissent: docet hoc loco Paulus superius illud tunc solum verum esse, cum unus ex heredibus partem solvit, postulatque ea partis præstatione liberari: et præterea cum eam solvit non condemnatus, sed sua sponte ante, quam cum eo actum esset. Quod si aut alio modo liberatio quæratur, quam partis præstatione, de qua locutus erat, aut partem quidem solvat unus heres, sed tunc cum prius cum illo actum esset, et condemnatus id faceret: declarat his omnibus modis accidere, ut heres statim pro parte hereditaria liberetur. † Et 3
ut ab iis, quæ hoc loco notiora sunt, et de quibus inter omnes convenit, ordiamur: ait, si uni ex heredibus acceptolatum sit, quod pro portione hereditaria in homine generaliter promisso is debet, partem duntaxat cæterorum obligationi superesse: significans hunc plane et statim pro sua parte esse liberatum: hoc quidem satis expeditam rationem habet. Et si enim acceptilatio pro vera solutione est, ut quæ dicitur immaginaria solutio: §. *item per acceptilationem, Inst. quib.*

mod. toll. ob. tamen non idem periculum in
4 ea metuimus, quod in vera solutione. † Pars hominis cum vere solvitur, si pro ea parte liberetur heres, liceret coheredibus aliorum hominum partes solvere: quod obligatio non concedit. *L. in executione*, *§. pro parte*, *infr.* Id in acceptilatione partis metui non potest: non est enim periculum, ne alii coheredes alterius hominis partem solvant, ubi nullius hominis pars soluta est. Eo fit, ut in acceptilatione remoto eo periculo, quod prius obstabat, nihil jam sit liberationi impedimento.
5 † Ergo idem dicemus, etsi stipulator cum uno ex heredibus promissuris de parte hominis pactus erit, ne eam peteret: ut enim ex acceptilatione nihil solvitur; sic nec ex pacto: et ut illa liberamur Jure Civili: sic pacto jure prætorio. *L. 8. §. si ignorantes*, *supr. mand. L. 5. C. de pact.* Ergo etsi cum uno ex heredibus de parte transactum erit, idem dicemus: transactio enim fit pacto, aut acceptilatione. *L. 2. supr. de trans.* Quibus exemplis etiam eo rem deduci necesse est, ut si stipulator hominis, cum uno ex heredibus promissoris egerit, et is heres fuerit absolutus, continuo pro ea parte liberetur: ut enim pacto liberatur quis; sic liberatur Judicis absolutione: ex pacto est exceptio pacti: ex sententia exceptio rei judicatæ, utraque ad liberandum reum comparata. *§. præterea*, *§. item si in judicio*, *Inst. de exception.* Hoc postremum continetur verbis Pauli, quæ sunt *in princ.* bujus, *§. si ego*, inquit, *hominem stipulatus, cum uno ex heredibus promissoris egero, pars duntaxat cæterorum obligationi supererit.* Ait, *egero*, neque addidit, et succubuero: sed cum generaliter dicat, si egero, et hoc comprehendatur verbis, si egero ita, ut reus heres aut condemnetur, aut absolvatur (horum enim alterutrum in pronunciatione fieri necesse est. *L. 1. supr. de re jud.*) perspicuum est illis verbis saltem absolutio-
6 nem heredis contineri. † Hactenus ea dixi, quæ cordatorum omnium sententiis recepta sunt, utpote et verbis, et rectæ rationi consentanea: neque ulla esset controversia, si Paulus ita scripsisset, si cum uno ex heredibus promissoris egero, et succubuero. Nunc cum dixerit tantum, si cum uno egero, et hoc solo, quod egero, velit partem duntaxat cæterorum obligationi superesse; verba dubitationem attulerunt, an in superiore tantum specie manere debeamus, an ut verba sunt, ita ea accipere, ut simulatque egero, ideat, litem contestatus ero cum uno ex heredibus (id enim agere significat. *L. amplius*, *infr. rem rat. hab.*) continuo reliquorum tantum pars obligationi supersit, ut cujuscunque rei partes illi solvant postea, liberatio totius obligationis contingat. Si prius dicimus, contra verba facimus: neque enim agere significat ita agere, ut res ad sententiam perveniat, et eam sententiam, qua reus absolvatur. Si posterius, verendum est, ne falsa et absurda sententia statuatur: quomodo enim is, qui non solvit partem, neque absolutus est, pro parte liberetur? quod si non liberatur, quomodo defendi potest solam reliquorum partem obligationi superesse? Ex utraque re in idem incommodum incidimus, non sine caussa igitur de hujus loci sententia dubitatur. Dicam quod sentio. Ego Paulum assentior his verbis, *si egero*, non sentire de eo, qui solum litem sit contestatus, quia sit absurdum; solutione enim ejus, quod debetur, non petitione quisque liberatur. *L. 1. § si apud duos*, *supr. depos.* quod si non liberatur, plane absurdum sit dicere, reliquas tantum partes a coheredibus deberi. Neque hic mihi quisquam verba objiciat, quasi verbo, *egero*, litis contestatio contineatur. Etsi enim agere dicitur, qui litem contestatur, *d. L. amplius*, *infr. rem rat. hab.* tamen aliud est agere, aliud egisse. Agit, qui litem contestatur: egit, qui judicium ad finem perduxit: ut vivere dicitur, qui nunc vitam agit; vixisse, qui vita functus est, idest, est qui mortuus: verbum autem egero, præteriti vim babet. Et hoc sensu passim sub titulo, de exceptione rei judicatæ, *supr.* dici legimus, si cum uno actum sit; si totum petiero, deinde partem petam, et similia. *L. si cum totum*, *L. si cum una*; et alibi, in quibus sub præteriti significatione judicium confectum intelligitur. Assentior et illud, si stipulator cum uno ex heredibus egerit, et eum condemnarit, si nondum partem ab eo acceperit, esse in ejus potestate cum omnibus agere, ut eundem hominem præstent, ac nisi præstent, ne eum quidem, qui prius condemnatus erat liberari posse, si alterius hominis partem offerat, quam ejus, quem reliqui præstare volunt: quia bis dici possit ipsos unum hominem non solvere, quem tamen debuerunt. Neque verba etiam hic metuam, quasi et hic qui obtinuit, maxime egisse videatur: ut qui non solum perfecte egerit, sed etiam egerit cum effectu. Nam in verbis Pauli cum manifestum sit correctionem quandam, vel exceptionem inesse eorum, quæ de hoc genere obligationis in persona heredum initio superioris *§. dixerit*; sententia ejus manifesta est, exceptionem ad conceptionem regulæ, cujus exceptio est, esse attemperatam. Dixerat autem prius, si promissor hominis decesserit pluribus heredibus relictis, singu-

los heredes pro parte solvendo liberari non posse, verbis nimirum conceptis de eo herede, qui partem solvit. Id nunc cum corrigat, apparet eum in eadem propositione manere, atque hoc dicere, heredes pro parte solvendo liberari non posse, hoc tamen ita, si sponte solverint, non judicio condemnati: cæterum si cum uno prius egero, et is ex sententia solvat, aliud probandum est. Ita ex ejus sententia hoc relinquetur, ne hunc quidem tertium, ad eum heredem pertinere, cum quo actum est ita, ut etiam condemnaretur, neque tamen solvit. Sed si et condemnatus est, et ex sententia partem solvit, hunc negare verbis hujus loci contineri nimis durum est, et est omnino ejusmodi, quod in considerato scriptore ferri nullo modo possit. Nam quod hæc verba, si quis petierit, si cum eo actum sit, et similia, sub titulo *de exceptio. rei jud.* de eo accipiuntur, qui egit, et succubuit; non est mirum. Id enim quæstio de exceptione rei judicatæ illic proposita facit: quam certum est non competere, nisi adversus eum, qui sic egit, ut reus absolveratur: id autem in proposito dici non potest. Quid ergo, cum heres unus condemnatus verbis hujus loci contineatur, neque præcedentia refragentur, an eum solventem pro parte statim liberari putamus? Ego vero puto, idque certo argumento effici arbitror. Si pars ullius hominis amplius ab eo peti non potest, eum necesse est pro ea parte liberatum videri, ac cæterorum duntaxat partes superesse obligationi. Non potest autem pars hominis amplius de eo peti, obstante rei judicatæ exceptione; quoties namque de re aliqua quis condemnatus est, si sententiæ satisfecit, iterum cum eo de eadem re agi non potest, et si agatur, iterata actio exceptione rei judicatæ repellitur, ut est in *L. 4. C. dep.* Condemnatus hic est de parte hominis, non certi, sed incerti: hæc enim petebatur. *§. huic autem, Inst. de action.* ac de qua re cum aliquo actum est, de ea et illum condemnari oportet. *L. ult. C. de fid. lib.* Condemnatus partem hominis solvit. Igitur ut satisfecit rei judicatæ; ita de eadem re amplius conveniri non potest, quantumvis ejus coheredes alterius hominis partem solvant. Ex quo efficitur statim eum liberatum esse, nihilque amplius superesse in obligatione, quam cæ-
7 terorum coheredum partes. ✝ Cur ergo non condemnatus unus ex heredibus, si partem hominis solverit, pro ea parte nondum liberatur: condemnatus idem si faciat, liberatur; cum videatur iniquum aut absurdum eum meliore conditione fieri condemnatione, quam ante condemnationem? Etsi hoc ita videri potest: tamen ratio differentiæ non est adeo explicatu difficilis. Ante condemnationem unus ex heredibus promissoris partem hominis certi debet sub conditione, si et cæteri coheredes in eodem homine partes solvant: ideo ante, quam coheredes id fecerint, cujusvis hominis partem solvendo, pro ea parte non liberatur: nam et promissor partem cujusvis hominis ita debuit, si et eum hominem totum solveret. Mutatur condemnatione obligatio heredis, qui ante sub conditione debuit, is condemnatus pure partem debere incipit: petita est enim ab eo pars hominis in genere, non si cæteri coheredes ejusdem hominis partes solverent, sed simpliciter pars hominis, ac qualis petitio est, talem fieri condemnationem convenit. *d. L. ult. C. de fid. lib.* Quo fit, ut si partem hominis postea solvat, is sententia judicis liberetur parta ei rei judicatæ exceptione adversus eum, qui iterum eum eo de eadem re agat, ut supra dixi. At enim eveniet isto modo, ut si cæteri coheredes alterius hominis partes solvant, in diversis hominibus partes solvantur, eoque non consequatur stipulator, quod stipulatus est. Eveniet fateor, estque iniquum statui adversus eum stipulatorem, per quem nihil factum est, quominus unum hominem ab omnibus heredibus consequi deberet: quod contingit in eo, qui a non condemnato accepit: non est iniquum adversus eum, qui adversus unum agendo efficit, ut is pure partem cujusvis hominis deberet, itaque eam solvendo, omnino liberaretur. Nec est, quod quisquam dicat stipulatorem aliter ad jus suum pervenire non potuisse, quam partem petendo ab uno ex heredibus, fuit enim in ejus potestate cum omnibus heredibus promissoris eodem tempore agere de uno homine præstando: quod quia aliter fecit nulla necessitate cogente, de se queri debet. ✝ At 8
etiam dici solet, neminem conditionem suam deteriorem facere litem contestando, sed plerumque meliorem. *L. non solet, L. non enim, seq. inf. de reg. jur.* verissime dicitur, dum tamen intelligatur, quatenus quis de re aliqua litem contestatur, eatenus de ea re meliorem conditionem suam ipsum facere: cæterum neminem plus judicio consequi posse, quam in judicium deduxerit. Itaque stipulator si vellet nullum ex heredibus pro parte solvendo liberari, potuit adversus omnes agere unum hominem ab omnibus petendo: qua petitione sine dubio jus unius hominis consequendi sibi conservaret, melioremque eo pacto conditionem

suam faceret; scilicet, quia ita agendo necessitatem unius hominis solvendi in judicium deduxisset. At si separatim adversus unum ex heredibus egerit, et partem hominis ab eo petierit simpliciter, non potest dici hoc judicio sibi eam necessitatem unius hominis solvendi conservare qui eam ita agendo non modo in judicium non deduxerit, sed etiam potius repudiarit. In summa, unusquisque litem contestando, meliorem caussam suam facit de eo, quod in judicium deducit, non de eo, quod judicio pretermittit, multoque minus de eo, quod eo judicio repudiat. Quæ si vera sunt, recte initio §. constituimus duobus modis accidere in homine generaliter promisso, ut unius ex heredibus promissoris pro parte statim liberetur; uno, si quo alio modo liberetur, quam solutione; altero, si partem quidem solvat, sed id faciat ante condemnatus, ut partem hominis solveret: quod posterius, ut dixi, hac ratione defenditur, quia per sententiam eam partem heres pure debere cœperit; unde eveniat, ut eam solvendo liberetur, obstante stipulatori rei judicatæ exceptione, si eam amplius petat.

Idemque est in ipso promissore, et fidejussoribus ejus, quod diximus in heredibus)
quod sic interpretandum est; in his obli- 9
gationibus, de quibus agimus, ubi unus ex heredibus partem solvendo pro parte liberatur, ibi et fidejussor unus partem solvendo pro parte liberabitur: ubi autem pro parte non liberatur heres, ibi nec liberabitur unus ex fidejussoribus. Quippe hic omnia fidejussoribus cum heredibus similia. Ut heredes singuli pro parte hereditaria tenentur ex 12. tabulis, sic plures fidejussores pro virili portione ex epistola Hadriani Imperatoris. §. *si plures. Inst. de fidejuss.* et rursum ut heredes tenentur ex persona defuncti: sic fidejussores ex persona principalis rei, cujus obligationis sunt accessio. §. *fidejussores, Inst. de fid.* quæ res facit, ut quemadmodum ex persona heredum non immutatur conditio obligationis a defuncto descendentis; sic nec ex persona fidejussorum immutetur conditio obligationis ejus, quæ in reo principali primum constitit.

Ad §. *Item si in facto.*

Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero, *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?* et unus ex pluribus heredibus prohibuerit: tenentur quidem et coheredes ejus, sed familiæ erciscundæ judicio ab eo repetent quod præstiterint: hoc et Julianus et Pomponius probant.

SUMMARIA.

1. *Stipulationum faciendi duo genera.*
2. *Quæstiones hujus disputationis, ejusque summa.*
3. *Si unus ex heredibus promissoris, qui factum individuum promisit, contra quam cautum sit fecerit, in solidum stipulationem adversus omnes promissoris heredes committi: cujus juris subiicitur ratio.*
4. *Unius facto quomodo cæteri coheredes dicatur teneri.*
5. *An hoc casu adversus singulos in solidum, an vero pro portione tantum hereditaria stipulatio committatur.*
6. *Differunt res individua promissa, et factum individuum.*
7. *Diversi in re et facto juris ratio.*

Hinc de stipulationibus faciendi, ut erat propositum, dicere incipit Paulus, quæ hic divisionem recipiant, quæ non recipiant; tum ex his, ubi, et quatenus promissoris heredes teneantur; ubi et quatenus agant heredes stipulatoris: eadem illa nimirum, quæ et in heredibus de stipulationibus dandi ante tractavit. Illud observandum est, non agere
eum de omnibus faciendi stipulationibus. † 1
Ex his quædam sunt, quæ proprie dicuntur esse in faciendo, veluti insulam ædificari, fossam fodi, rem tradi spondes? quædam sunt

in non faciendo, ut initio capitis diximus, veluti per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, et similes, quæ hic deinceps proponuntur. Prius genus totum hic prætermissum est: de eo agitur in *L. stipulationes non dividuntur, inf.* de posteriore tractat hic Paulus, ac primum de stipulationibus jus quibus factum individuum promittitur; qualis est hæc, de qua agit initio, *per te non fieri quominus mihi ire agere liceat.* Factum individuum quid hic vocemus, explicatur in *L.* 4. *§. Cato, infra.* In hoc genere primum dicit de promissoris heredibus: deinde de heredibus
2 stipulatoris. ┼ In heredibus promissoris, ut quid sit, quod de his hoc loco, et in reliqua hac disputatione: præcipue autem in *§. Cato,* statuitur, plane et dilucide intelligatur, tria quæri sciendum est, totidemque de rebus hic jus statui. Primum est, si forte unus ex heredibus promissoris contra quam cautum sit, fecerit, quia stipulatorem ire agere prohibuerit, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte tantum. Secundum, si in solidum, utrum adversus omnes, an adversus eum duntaxat, qui contra fecit. Tertium, si adversus omnes, utrum adversus singulos in solidum, an vero pro portione tantum hereditaria. Summa disputationis hæc est, cum unus ex promissoris heredibus contra quam cautum est, fecit; si id factum individuum sit, quale est, quod hic initio proponitur, et stipulationem in solidum committi et committi adversus omnes, idest, eo facto omnes heredes teneri: sed non in solidum singulos, verum pro portione hereditaria duntaxat. Quid. sit, contra quam cautum est, facere; quid sit stipulationem committi, quibus verbis Cato in hujus rei definitione usus est, dicetur ad *§. Cato,*
3 *L.* 4. *infra.* ┼ Primum dicimus uno contra faciente, stipulationem in solidum stipulatori committi, aut ad pœnam, si pœna promissa est, aut si non est promissa, in id quod interest, ex *§. Cato, L. heredes, §. an ea, supra fam. ercisc.* Ne sit hoc mirum totam stipulationem hereditariam ab eo committi, qui solus non est heres, sed pro parte tantum. Non enim hic obligatio nascitur ex cujusquam facto, qui postea contra stipulationem faciat, ne heredis quidem; sed nascitur ex promissione defuncti, qui promittendo neque per se fieri, neque per heredum suum, quominus stipulatori ire agere liceat, simul solidam pœnam promittit, aut pœna non adjecta intelligitur promittere, quod et quantum stipulatoris interest, sub conditione si stipulator ire agere, prohibeatur. *L. si pœnam, L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, infr. eod.* Ita si conditio hæc exstiterit, necesse est, aut totam pœnam, aut totum quod stipulatoris interest, ex promissione defuncti deberi, idest, et nunc loquimur, totam stipulationem committi. Exsistit autem conditio, quisquis ex heredibus stipulatorem prohibeat, etsi sit unus ex innumeris ut declaratur in *§. Cato.* Proinde et uno ex heredibus prohibente; solidam pœnam solidum id quod interest, ut promissum erat ab eo, qui et se, et heredes suos obligare poterat, ita etiam ex illius promissione deberi necesse est. Dicemus unius facto sic in solidum committi stipulationem, ut non is teneatur solum, qui contra, quam cautum erat, fecit, sed etiam cæteri coheredes: quod hoc loco expressum est, et *dict. L.* 4. *§. Cato,* item in *L. in exsecutione, §. quod si stipulatus, infra eod: L. inter. §. quod ex facto, supra. fam. ercisc.* Id vero prima fronte videri potest admodum inique constitui. Pugnare enim videtur cum æquitate, et iis regulis juris, quibus ex principiis naturæ æquissime efficitur, ex alieno facto neminem teneri deberi, qui ipse nihil fecerit: item, neminem posse alterius conditionem deteriorem facere: *L. de pupillo, §. si plurium, supra de oper. nov. nunciation. L. ult. supra, de Senatusconsulto Silan. L. solvendo, supra de ne negotiis gest. L. factum, L. non debet, infra de regul. jur.* Ideo fuerunt etiam ex veteribus, qui hac ratione, ut credibile est, moti existimarent unius facto cæteros non teneri, ut Paulus significat in dicta *L. in exsecutione, §. quod si stipulatus, infra:* ┼ Sed cognitis his, quæ 4
de obligatione ex promissione defuncti in hoc genere descendente diximus, licet intelligere, non solum quam recte statuatur unius facto teneri omnes, et quod ait Paulus in dicto *§. quod si stipulatus:* veriorem esse hanc sententiam; sed etiam si nobis constare velimus, aliud statui non potuisse. Nempe enim solidam pœnam, vel id quod interest, defunctus promisit sub conditione: ita quandocunque, et cujuscunque heredis facto conditio exstiterit: defuncti hæc obligatio, non ejus, qui conditionem implevit, futura est. Qui porro obligatione a defuncto contracta teneantur, nisi hi, qui non in stipulationem solum, sed etiam in omne jus a defuncto contractum succedunt, idest, heredes juris, et omnium onerum successores? *L.* 1. 2. 3: *supra, de bon. poss. L. heres in omne, supra, de acquiren. her.* Succedunt autem omnes, ac non is tantum, qui contra stipulationem fecit: proinde heredes omnes eo nomine teneri necesse est, ex defuncti facto videlicet, non coheredis. Non obstat, quod a Paulo dicuntur unius facto, sive propter unius factum

cæteri teneri: dicta *L. in exsecutione*, §. *quod si, infra, L. inter*, §. *quod ex facto, supra, famil. erciscun.* Tenentur enim unius facto cæteri per consequentiam, quia is facto suo locum fecit promissionis defuncti: at principaliter tenentur defuncti facto; utpote a quo hujus obligationis caussa et origo nata est. Ideo enim obligantur unius facto, quia promissor eo facto omnes teneri voluit. Ita prima obligationis caussa est in defuncti voluntate et facto. Ne quis igitur hic objicit, iniquum esse unius facto cæteros coheredes obligari; unius factum nocere cæteris. Si quid obligantur cæteri, obligantur, ut dixi, voluntate et facto defuncti, idest, ejus, qui jus habuit eos obligandi; minime autem facto solius coheredis, qui quamvis millies aliquem per fundum ire agere prohiberet, nonnunquam tamen eo facto noceret cæteris nisi prius defunctus eo facto illos teneri voluisset. Denique nemo unquam dixit, si quid promissum, aut legatum sit sub conditione, si Titius in Capitolium ascenderet, Titio Capitolium ascendente promissorem aut heredem a Titio obligari, aut ita Titii facto teneri, ut Titii factum his nocest: obligatur enim alter sua promissione, alter judicio defuncti fundum hac conditione legantis, ut nollet prius deberi, quam Titius Capitolium ascendisset. Quod si obligatio a defuncto non descendat, nunquam unius facto cæteri coheredes tenebuntur: et ideo in deposito cum depositarius decessit pluribus heredibus relictis, si unus in re deposita dolo quid faciat placet eum teneri solum, non cæteros coheredes, *L. in depositi, et L. seq. supra, sup.* quoniam hic dolus non prius a defuncto admissus est, sed natus ab herede. † Sed 5
cum omnes in hoc genere unius facto teneri dicamus, hoc ad extremum monemur teneri quidem universos in solidum, at unumquemque pro portione hereditaria; quod diserte positum est in *L. 4.* §. *Cato, infra, eod.* Atque hoc loco observanda est differentia inter rem individuam promissam, qualis est via; et factum individuum; quale est hoc, de quo nunc agimus. † Re individua pro- 6
missa, non solum singuli heredes in eam rem in solidum tenentur, sed etiam, nisi rem præstent omnes, in solidam ejus æstimationem, ut declarari diximus in §. *ex his*, illic, *sed quo, casu, supr. ead. L.*. At facto individuo promisso, singuli quidem ex heredibus promissoris stipulationi in totum parere debent: sed si unus contra fecerit, ut jam facti æstimatio sit præstanda, hæc non solida a singulis petitur, sed pro portione solum hereditaria: ut modo dixi. † Cur hæc tam varie? quia in 7
rebus promissis nihil promittitur, nisi res, quæ in stipulationem deducitur: atqui ea solida præstanda fuit a singulis heredibus: quare si necessitas eo rem deducat, ut pro re æstimatio præstanda sit, non convenit aliam æstimationem singulos præstare quam solidam, cum æstimatio succedat in locum rei, quam singuli solidum debuerunt. Cum autem factum promittitur, vi ipsa promittitur, pecunia, idest, id quod interest si factum non sit, quod promissum est, aut contra, quam cautum est, factum sit. Pecunia natura sua dividi potest: quo fit, ut in hoc genere toto, et stipulatio, et petitio pecuniæ inter heredes dividantur: hæc sententia est. *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus, infra eod.*

Ad §. *Contra* ult. et L. 3.

Contra autem si stipulator decesserit qui stipulatus erat *sibi heredique suo agere licere*; et unus ex heredibus ejus prohibeatur: interesse dicemus utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte ejus qui prohibitus est: Nam si pœna stipulationi adjecta sit: in solidum committetur: sed qui non sunt prohibiti: doli mali exceptione summovebuntur. Si vero pœna nulla apposita sit: tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est: comittetur stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Uno ex heredibus stipulatoris contra quam cautum erat ire agere prohibito, ei soli, non cæteris utiliter competit actio.*
2. *Cur secus in heredibus promissoris, qui unius facto omnes tenentur.*
3. *Pœna stipulationi adiecta in solidum committitur, quamvis non omnium coheredum intersit, unum prohibitum non fuisse.*
4. *Si uno prohibito pœna in solidum omnibus est commissa, quomodo eam, qui prohibiti non sunt petentes dicantur doli exceptione submoveri.*
5. *Unde contrahentium voluntas de pœna his, qui prohibiti non sunt, non committenda, colligatur.*

1 † Diversa caussa est heredum stipulatoris. Uno contra quam cautum erat ire agere prohibito, solus is agit in id quod sua interest: cæteri eo facto petitionem non habent, quorum nihil interest. Et hoc citra controversiam, si pœna stipulationi subiecta non sit. Nam pœna promissa erit, uno prohibito subtilitate quidem juris res commotatur, vi autem ipsa ex æquo et bono idem est utrobique rei exitus. Etenim uno prohibito: pœna ipso jure ex conditione stipulationis in solidum committitur: qua commissa, cum ea obligatio hereditaria sit, necesse est et obligationem, et petitionem ad omnes heredes pertinere. Sed solus utiliter pœnam petet pro portione sua, qui prohibitus est: cæteri inutiliter, qui non sunt prohibiti, qui si petant, doli mali exceptione summoventur: ita in summa solus, qui prohibitus est, utilem petitionem habet, vel ejus quod sua interest, vel pœna pro portione sua, cæteri non habent sive pœna promissa erit, sive non erit.

2 † In quibus hoc primum dubitationem habet, quod dicimus uno ex heredibus stipulatoris prohibito, solum eum actionem habere non etiam cæteros: cum in heredibus promissoris dixerimus uno prohibente teneri omnes. Etenim æquius videbatur uno prohibito cæteris eo facto actionem acquiri, quam uno prohibente obligari et onerari cæteros: cum liceat cuius alterius cujuslibet conditionem facere meliorem, deteriorem non liceat. *L. solvendo, supra, de neg. gest.* Et non dubium est, quin ad ejusmodi aliquam dubitationem removendam adhibita sit ea differentiæ ratio inter utriusque defuncti heredes, quæ subiicitur in *L.* 3. In qua hæc Ulpiani sententia et defensio est in hoc genere stipulationis, de quo agitur, neque unius ex promissoris heredibus factum obligare cæteros, neque unius ex stipulatoris heredibus damnum aut iniuriam parere actionem cæteris: ita hactenus pares esse et promissoris heredes, et heredes stipulatoris, si de unus per alium augendo, vel onerando agatur: ut proinde nihil obstent ea, quæ alterius meliorem conditionem facere concedunt, deteriorem vetant. Sed quod in promissoris heredibus unius facto teneutur omnes, in heredibus autem stipulatoris uno prohibito solus is actionem habet; caussam in eo esse, quod ab utroque tam promissore, quam stipulatore actum est, ut res ita transigeretur. Meminisse enim oportet ejus, quod jam supra diximus, in stipulationibus faciendi promitti et contineri id, quod interest stipulatoris, et heredum ejus. *L. si pœnam, infr. eod.* hæc verba hoc continet, ut neque actio ei detur, cujus non in-

terest, neque ei cujus intersit ultra, quam interest: quatenus autem stipulatoris intersit, aut heredum ejus, in tantum promissor vivus teneatur; eo mortuo in tantum teneantur ejus heredes, quia defunctus solidum promisit: hinc de proposita quæstione judicetur. Ergo si de promissoris heredibus quæritur, recte supra respondimus unius facto cæteros teneri; sic enim exigitur solidum illud quod interest, quod promissum esse diximus. Sin agitur de stipulatore, aut stipulatoris heredibus, quia id quod interest, eorum petitioni modum facit, consequens est, si stipulator ipse prohibeatur ire agere, ipsum in solidum acturum, quia in solidum ejus interest non prohiberi, quamvis ab uno tantum prohibeatur ex heredibus promissoris: quæ pars indicatur in *L.* 3. in extremis verbis. Sin stipulatore mortuo prohibeatur unus ex heredibus, evenict hinc quoque, ut solus is agere possit, et agere pro portione hereditaria: quia et ejus solius interest, et hactenus solum, quatenus heres est: quod attingitur in *ead. L.* 3. *in*
3 *princip.* † Pœnæ diversa ratio est: quoniam enim pœna promittitur, non si stipulatoris intersit, heredumve ejus, sed si ei heredive ejus ire agere non licebit, et hæc conditio exsistit, si vel onus ex heredibus prohibeatur, ideo uno prohibito necesse est pœnam in solidum committi, quamvis non omnium coheredum intersit unum prohibitum non fuisse: utpote conditione stipulationis impleta: et hoc est, quod hic dicitur, et in *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *infra eod.* in pœna non quæri, an intersit, sed quæ sit conditio, et quantitas stipulationis. Pœna in solidum commissa, ejus petitio omnibus heredibus
4 acquiritur ex stipulatione hereditaria. † Quo constituto incidit in difficultatem, quod sequitur: ait enim Paulus ita cæteros, qui non sunt prohibiti jure ipso petere posse pro parte pœnam, ut tamen, si id faciant, doli mali exceptione summoveri possint: quod prioribus videtur refelli. Nam si uno prohibitio pœna in solidum omnibus heredibus commissa est; idque ex conditione stipulationis accidit, quisquis pœnam ita sibi commissam petit, dolo carere videtur. Is enim dolo caret, qui contra æquitatem naturalem nihil petit. *L.* 1. *supra. de dol. exc.* nihil est autem tam secundum naturæ æquitatem, quam præstari id, quod conventum, et promissum est. *L.* 1. *supra. de poc.* ergo æquum et petere, si modo per Jus Civile id liceat. Quod si nihilo dolo faciunt, qui pœnam commissam petant, quamvis eorum nihil intersit, quomodo petentes doli exceptione removeri possunt? An quod unius interest, idcirco aliis quorum nihil interest, pœnæ petitio non datur; petituris alioqui, si nemo alius pœnam efficaciter peteret? Sed quid unius petitio nocere potest cæteris, cum is non petat pœnam solidam, ut quis dicat eum præripere eam coheredibus; sed petat tantum pro sua parte, ut sic eam petitionem, quæ initio coheredibus ejus nata est, illis integram relinquat? Fatendum est; si stipulatione actum fuit, ut uno ex heredibus prohibito pœna deberetur, caussam dici non posse, quin una prohibito pœna committatur omnibus heredibus: quam et recte ac sine dolo petituri sint omnes, etiam quorum nihil interest: quia in pœna non quæratur, an ejus intersit, qui pœnam petit; sed an ei ex conditione stipulationis pœna debeatur. Recte igitur vidit Franc. Duarenus dicendum esse, iis qui prohibiti non sunt, pœnam commissam esse secundum verba stipulationis; id enim efficit conditio stipulationis, si mihi, heredive meo ire agere non licebit, decem dabis? ideo commissam summo jure possunt petere: sed non esse commissam secundum mentem, et sententiam contrahentium, non enim id actum est. Quod si probamus, nihil dubii futurum est, quin contra istam sententiam petenti doli exceptione recte occurratur: huic enim tunc locus est, quoties per occasionem Juris Civilis contra æquitatem naturalem quis petit. *L.* 1. *supr. de dol. exc.* quod inproposito accidit, ubi is, qui prohibitus non est, summo jure fretus, idest verbis stipulationis, his ipsis adversus sententiam nititur. Est enim sententia id, quod placuit, quodque actum est inter contrahentes; hoc vero in re, quæ ex consensu valet, idest, in omni contractu, sequi debemus, non verba: idque ita fieri natura æquum est. *L. eum, qui Calendis, infr. eo. L. semper in stipulationibus, infr. de regul. jur. L.* 1. *supr. de pact.* † Sed unde colligimus non id actum 5
esse, ut pro his, qui prohibiti non sunt, pœna non committatur, cum ea tota promissa sit sub conditione, si quis ex heredibus prohiberetur, quæ conditio nunc exstitit? Colligitur ex fine pœnæ: quippe quam solum adjici constat, ut sit loco ejus quod interest. *§. ult. Inst. de verb. oblig. L. ult. infr. de præt. stip.* Quo fit, ut ubi constet nihil stipulatoris, aut heredum ejus interesse, ibi non id agatur, ut pœna debeatur. Nam quod dicitur in pœna non quæri, an agentis intersit, in re dubia locum habet, dummodo possit natura ejus interesse: in re certa nequaquam. Arg. *L. si servus*, *§.* 1. *supr. si quis caut.* de quo amplius in *L. stipulatio ista*, *§. alteri. infr. eod.*

Ad L. *Idem juris est.* 3.

Ulpianus *lib. XLIX. ad Sabinum.*

Idem juris est et in illa stipulatione: *Mihi heredique meo habere licere?* Sed hæc differentia illam habet rationem, quod ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cujus nihil interest, nisi pœna subjecta sit; nam pœna subjecta efficit, ut omnibus committatur; quia hic non quærimus cujus intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes. Interest enim prohibiti, a nemine prohiberi.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio,* mihi heredique meo habere licere. *ubi interponatur et quid sit.*
2. *Stipulatio hæc in quo similis sit illi.* Per te non fieri, quo minus ire agere liceat.
3. *Utrum res possit pro parte teneri, pro parte avocari.*
4. *Stipulatio hæc,* Habere licere, *quatenus dividua quatenus individua.*

1 *Idem juris est et in illa stipulatione, mihi heredique meo habere licere.*) Hæc stipulatio, mihi heredique meo habere licere, in emptione et venditione interponi solet. Et est, qua emptor sibi cavet a venditore sibi rem venditam habere licere, idest, possidere, tenere licere sine cujusqnam interpellatione justa. *L. stipulatio ista,* §. *habere, infr. eod. L.* 2. §. *ult. et L. seq. supr. de act. empt.* his verbis emptor hoc cavere intelligitur, per venditorem non fieri, neque per heredem
2 ejus, quominus sibi rem habere liceat. † Ita conceptione quidem, et vi verborum similis est illi superiori, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat:* sed et quod ad rem ipsam et divisionem stipulationis attinet, idem in ea juris esse Ulpianus ait. Id vero ita futurum est. Nam si venditor idemque promissor decedat pluribus heredibus relictis, et unus ex heredibus rem avocet, une faciat, quominus emptori rem tenere liceat; ejus facto etiam cæteri tenebuntur coheredes, ut in superiore stipulatione; qua in re individuam esse significat, seu individuum factum continere, ut et superiorem ex sententia §. *Cato,* et recte; hoc enim quasi avocamentum et interpellatio unius heredis tam emptori obstat, quominus rem teneat, quam si omnes heredes impedirent; quæ facti individui definitio est id *d.* §. *Cato.*
3 † Quid ergo, dicat aliquis, res pro parte teneri, et pro parte avocari non potest? Non potest: aut in totum teneatur, aut in totum teneri desinat, necesse est. Nam si rem in partes certas dividis, facis ut res prior esse desinat: et pro una duæ res diversæ esse incipiunt. *L. si quis duas,* §. 1. *supr. com. præd.* Pro parte autem indivisa rem teneri, et pro parte non tenere non posse certum est: quoniam partes indivisæ ideo ita dicuntur, quia ita permixtæ sunt, ut una non possit ab alia corpore separari. *L. supr. infr. de stip. ser.* Sed totum hoc videtur parum liquere. Quid enim, an dubium est stipulationem hanc, *habere licere,* continere hoc, ut liceat habere jus rei, puta dominum rei, aut usumfructum? *L. stipulatio ista,* §. *si quis forte, et* §. *habere, infr. eod.* At usumfructum constat, ut et dominium, ab uno ex heredibus pro parte avocari posse: nec vero ultra potest *L.* 5. *supr. de usufruct. L.* 1. *et toto tit. C. de com. rer. aliæ.* Dividua igitur hæc stipulatio, et solus heres, qui partem dominii, aut ususfructus avocarit, tenebitur. *L.* 4. §. *Cato, infr.* Ita fit etiam, ut non sit hæc stipulatio, quod Ulpianus dicit, superiori similis. † Et negari non potest, 4 quatenus hac stipulatione promittitur jus habere licere, eatenus stipulationem esse dividuam, nec in ea idem juris esse, quod in superiore: hactenus enim est in dando. At quatenus id agitur, ut liceat emptori rem

tenere, possidere eatenus individuum factum continet, et superiori est similis. Jam enim dixi non posse rem teneri pro parte, et pro parte non teneri. Neque hoc huic loco adversatur, tametsi in eo nihil distinguitur; quod enim simpliciter dicitur in hac stipulatione idem juris esse, quod in superiore, sic accipiendum est, quatenus stipulatio habere licere in faciendo est, ut superior. Nam de his agitur hoc loco, quatenus in facto sunt, ut est propositio Pauli in §. præcedente.

Ad L. *Eadem*. 4.

Paulus *Libro XII. ad Sabinum*.

Eadem dicemus et si dolum abesse a te heredeque tuo stipulatus sim: et aut promissor aut stipulator pluribus heredibus relictis decesserit.

Cato libro quintodecimo scribit: Pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit: mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit: aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum de quo cautum est, individuum sit, veluti *iter fieri:* quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti, *amplius non agi:* tum eum heredem qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere. Differentiæ hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem, *Per te non fieri: quominus mihi ire agere liceat?* Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem quod in illa stipulatione, *Titium heredemque ejus ratum habiturum?* (Et Paulus respondit non idem esse.) Nam hac stipulatione et solus tenebitur qui non habuerit ratum: et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur: quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio*, Dolum malum abesse a te, heredeque tuo, *ubi locum habeat: a quibus interponatur: et quando adversus eam fieri intelligatur.*
2. *An stipulatio*, Dolum abesse, *similis sit illi:* per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat. *et* n. 9. *et* 11.
3. *Quæstio* §. Cato, *h. L.*
4. *Individuum factum quid.*
5. *Usus verborum:* Si quid aliter factum sit.
6. *Phrasis*, Pœnam aut stipulationem committi, *explicata.*
7. *Stipulatio* Ire licere, seu Iter fieri *quid contineat.*
8. *Lectio vera hujus* §.
10. *Demonstrativum.* HIC. *in verbis Pauli:* ne non idem hic sit: *ad quam stipulationem referendum.*
12. §. Quod ex facto. L. Inter, supr. Fam. ercisc. *explicatus.*
13. *Stipulatio*, dolum abesse, *similis est stipulationi de rato*, et n. 15.
14. *Non prætoriam de ratio stipulationem, qua Procurator heresve ejus convenitur, hic intelligi sed conventionalem,*

quæ a Domino Procuratorem constituente interponitur.

16. *In stipulatione dolum abesse et de rato, alias individuum, alias dividuum factum contineri.*

17. *Quomodo accipiendum, quod a Paulo traditur, dominum pro parte ratum habere non posse.*

18. *Cur Domino, qui ratum se heredemve habiturum promisit, pro parte agente pœna in solidum committatur, herede autem uno similiter pro parte agente, non item committatur in solidum.*

1 Ista † stipulatio, *dolum malum abesse a te heredeque tuo*, cum in futurum concipitur, ut hic, locum habere potest in venditionibus, et interponi ab emptore tunc, cum emptio est conditionalis, et emptor sibi cavet, ne venditor pendente conditione in re vendita dolo aliquid faciat. Potest interponi et a venditore, cum is promisit emptori se rem venditam certis conditionibus ab emptore recepturum, dum ille in ea re nihil dolo faciat, et id ita fore ab illo stipulatur. Adversus hanc stipulationem fieri intelligitur, cum rem venditam, ut servum, promissor aut corrupit veneno, aut manumittit, aut pignori obligat, *L. redhibere*. §. 1. *supr. de æd. ed.*

2 *L. si post acceptum, supr. de rei vind.* † Quapropter cum hic dicitur in hac stipulatione eadem dicenda esse, quæ in illa, *per te non fieri, quominus mihi ire liceat*, nimirum hoc dicitur, si promissor decesserit pluribus relictis heredibus, et unus de dolo malo quid eorum fecerit, quæ supra scripta sunt, non solum eum teneri, sed etiam cæteros coheredes omnes, pro parte tamen hereditaria: nam hoc juris est in illa altera, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, ut est in *L.* 2. §. *item si in facto, supr. item in* §. *Cato*; *eod. L.* atqui hæc sententia perspicue falsa est, si verum est, quod in §. *Cato*: ita scribitur, si unus ex pluribus heredibus promissoris contra stipulationem fecerit, et factum, de quo cautum est, dividuum sit, eum qui fecit, solum teneri pro portione sua. Tale namque factum est hujus stipulationis, *dolum malum abesse*. Finge unum ex heredibus rem pignori obligare: id ille pro parte sua recte faciet; ultra vero progredi non potest. *L. unica, C. si com. res pig. data sit.* Consequens igitur Catonis sententiæ, cum, qui id fecit, teneri solum pro sua portione, non etiam cæteros coheredes; aliter, atque in illa stipulatione, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Hoc qui negare instituunt, aut non animadvertunt adversus hanc stipulationem fieri, etiam tunc, cum unus ex heredibus promissoris rem pignori obligat: quod tamen fieri diserte scriptum est in *L. si post. sup. de rei vind.* aut rem pro parte ab uno ex heredibus oppignorari posse non putant: quod posterius in Jurisconsultu ferri non potest. Quid ergo ad id, quod hic contra scriptum est, dici mus? Nihil potest dici verius, quam quod Lælius Taurellus, et Franc. Duarenus in hanc scripserunt sententiam, quæ hic initio proponitur, reprehendi postea et notari a Paulo in illis verbis: *Sed videamus, ne non idem hic sit.* Cur ergo Paulus hic in principio aliud affirmat? Siquidem affirmaret parum probabiliter, diceretur id eum statim mutare, quod paulo ante affirmasset. Sed bene illi respondent, aut hic Sabini verba esse, ut inscriptio capitis indicat, quod in scriptum est ad Sabinum, id est, ut recte Augustinus docet *Lib.* 1. *emendation. cap.* 6. *ad libros Sabini*; aut si cui placet verba Pauli esse, efferenda esse per interrogationem, quod Duareno ingeniose videtur: hoc modo, Eadem dicemus? ut intelligatur videlicet res in quæstione poni, non affirmari: itaque et totius hujus loci unus contextus esse usque ad §. *ult.* una quæstio et disputatio de hac stipulatione, dolum malum abesse a te, heredeque tuo. Si illa verba, *Sed videamus, ne non idem hic sit*, ad stipulationem hanc dolum malum abesse referuntur, dubium esse non potest, quin initii et reliquæ disputationis ea sententia sit, quam modo diximus. Nunc autem de alia stipulatione ea intelligi non posse, speramus nos, cum eo venerimus, tam dilucide probaturos, ut nemo in posterum, si verum amabit, sit dubitaturus. Qui fit ergo, ut interponatur §. *Cato*: priusquam Paulus rem decidat in illis verbis, *sed videamus*; verbis a propositione hac non parum remotis? Quia ut superioribus illis duobus propemodum pariter videtur, ex verbis Catonis peti videbatur hujus sententiæ confirmatio, quasi eadem dicenda essent in hac stipulatione, dolum malum abesse, quæ in illa *per te non fieri*, ac proinde ad dubitationis caussam facere videbantur quod contra esse Paulus ad extremum docet. Ut autem ego convenientissime dici existimo, ideo sententia Catonis de factis dividuis, et individuis interposita est, quia cum

ret ea his de rebus certam distinctionem et definitionem, ex ea decisionem propositæ quæstionis peti voluit. Colligit igitur ex ea in stipulatione proposita, dolum malum abesse, non idem esse quod in illa, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, hoc modo: Scripserat Cato uno ex heredibus promissoris contra quam cautum est, faciente omnes heredes teneri, si factum sit individuum, idest, ut interpretatur ipse, si quod ab uno factum est, tala sit, ut videatur factam ab omnibus, ut sic videantur omnes stipulationem commisisse, sicut accidere ait in hoc exemplo, *per te non fieri, quominus mihi agere liceat*. Hinc sua sponte intelligebatur, si stipulatio *dolum malum abesse* eadem est cum illa, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, talem eam esse oportere, ut ei conveniat definitio, et ratio Catonis, quam Paulus præmisit: unde subjicit Paulus, *sed videamus ne non idem hic sit.* Assumptio est tacitæ argumentationis, quasi diceret: Atqui in hac stipulatione, de qua quærimus, nempe *dolum malum abesse*, non est idem, quod Cato dixit esse in illa stipulatione, *per te non fieri:* nam neque definitio, neque ratio Catonis ei convenit: non est igitur in utraque idem juris, de quo supra quæsitum est, aut certe de quo Sabinus affirmavit, quod nunc notat Paulus. Si illis verbis, *sed videamus*, id significatur, quod modo dixi, nihil dici potest hac interpretatione, aut ad significationem verborum, aut ad cohærentiam, omnium partium totius orationis, aut denique ad optimæ argumentationis complexionem, neque melius quidquam, neque aptius. Quod si, ad rationem orationis etiam veritas sententiæ adjungetur, dubitari omnino non debet, quin hæc germana sit hujus loci sententia, eademque, quæ ut verissima, et huic loco convenientissima: ita sit nobis modis omnibus retinenda. Sed de illis verbis paulo post: ante de sententia, § *Cato*, quantum satis videtur, dicemus.

Cato libro quintodecimo scribit.) Proponitur quæstio de stipulationibus in non faciendo consistentibus, hujusmodi: ✝ Promisit 3 quis se quid non facturum, et si aliter fecisset pœna nomine promisit centum. Promissore mortuo, cum is decessisset pluribus relictis heredibus ex his unus contra quam cautum erat; fecit: quæritur, an cæteri coheredes, qui contra nihil fecerunt, eo facto teneantur; et si teneantur, quatenus. Definit Cato etiam cæteros eo facto teneri, si id factum, de quo cautum est, individuom sit: sic tamen, ut teneantur singuli non in solidum, sed pro portione hereditaria: quod si factum sit dividuum, eum solum teneri, qui contra fecit, non item cæteros. Individuum factum esse, veluti iter fieri: dividuum, veluti amplius non agi. Ratione autem hac subjecta *quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus factum videretur*, in universum individuum definire videtur id, quod ab uno ex heredibus contra, quam cautum est, factum videatur factum ab omnibus. ✝ Ex quo colligimus individuum id esse, quod factum ab uno ex heredibus promissoris tam stipulatori nocet, quam si factum esset ab omnibus. 4

Prior pars hujus distinctionis de factis individuis nobis exposita est supra, ad *L.* 2. §. *item si in facto;* altera pars de factis dividuis per se ipsa expedita est; nisi qood ei adversari videtur *L.* 5. §. *ult. infr. eod.* Sed de eo illic videbimus, quando an eo loco offendatur distinctio Catonis, nisi sententia ejus loci cognita intelligi non potest. Verba Catonis, quæ plusculum obscuritatis habent pleraque, nobis cognoscenda sunt.

Ait, si quid aliter factum sit. ✝ Verba 5 sunt quibus utimur, eum prius stipulati, ne quid fiat, tum si quid fieret adversus id quod dictum est; pœnam stipulamur. §. *ult. Inst. eod. L. cum quid, ut fiat*, 71. *et L. continuus*, 137. §. *pen. infr. eod. Ait, si unus contra quam cautum sit, fecerit;* idest, adversus id, quod cautum sit, ut est in usitatis formulis, quæ supra scriptis locis proponuntur. Cautum, promissum. Nam cavere inter cætera est, stipulanti promittere: unde cautio pro stipulatione, seu repromissione stipulanti reddita. *L. prætor. supr. de dam. inf. L. sancimus, C.* de verb. signif. *Ait, ab omnibus heredib. pœnam committi:* et paulo post, unum heredem pœnam committere; item omnes heredes commisisse stipulationem. ✝ Pœnam 6 committi de omni pœna dicimus, cum deberi incipit. Stipulationem committi non item de omni stipulatione: ex qua quid debetur; sed de ea solum, quæ fit sub conditione, ac tunc dicitur committi, eum conditio impleta est; quo tempore scilicet ex eventu nata est obligatio, et cœpit pecunia ex stipulatione peti posse: indicat §. si *sub conditione, Inst. eod.* Qua ratione, et omnis pœna indistincte committi dicitur, cum deberi incipit: propterea quod omnis promittitur sub conditione, si aliquid factum fuerit, vel non fuerit. §. *ult. Inst. eod.* Sed cur dicitur committi stipulatio ex qua qua conditione existente pecunia cœpit deberi? An quod committi stipulationem dicimus pro committi in stipulationem Minime; nam cum dicimus committere in stipulationem, commitere idem declarat, quod peccare: ut sit, peccare in stipulatio-

nem sive adversus stipulationem facere: quo sensu salva ratione recti sermonis non licet dicere committere stipulationem, pro peccare stipulationem. Non peccamus stipulationem, sed in stipulationem, dum adversus id, quod illa præscribit, facimus committitur namque et peccatur delictum ipsum, et peccatum: scimus autem stipulationem peccatum non esse, sed rem eam, adversus quam extrinsecus id peccatum committitur. Sed dicitur committi stipulatio, committi pœna eadem loquendi forma, qua dicuntur committi merces in *L. commissa, supr. de publica.* qua dicitur committi edictum in *L. non putarit, §. in adoptionem, et L. si post, §. exheredati, supr. de bon. poss. cont. tab.* Dicuntur autem merces committi, quæ fisco ob delictum non profitentis vindicantur, *d. L. commissa:* quasi dicas, quæ fisco quasi traduntur in manus, ut incipiant in jure esse, et potestate fisci. Est enim committere alicui, idem quod ejus arbitrio et potestati rem subjicere. Similiter dicitur committi edictum in supra scriptis locis, quod alteri velut traditur, et quo utendi sit illi potestas, cum prius eo uti non posset: Eadem plane forma et ratione verbi dicitur, committi stipulatio, cum promissor contra stipulationem faciendo, stipulationem quæ antea pendebat, quasi tradit in manus stipulatori, eamque subjicit ejus potestati: quod ita fit, si stipulatio eo adducitur, ut ex ea stipulatori jam suo arbitratu agere liceat. Et ut in his omnibus eandem istam, quam dixi, nominis rationem et originem esse intelligamus; quemadmodum dicuntur merces committi, et adjicitur, fisco: edictum committi, et adjicitur alteri, qui prius ex edicto bonorum possessionem petere non poterat: sic dicitur committi stipulatio non absolute, et intransitive, uti cum aliquid peccari dicitur: sed adiicitur, stipulatori, sive ejus heredibus *L. 3. supr.* quo in omnibus istis declaratur verbo committendi significari actionem unius personæ, quæ actio in aliam personam transeat, quæque præterea in eam aliquid conferat; illic merces, aut adictum; hic autem stipulationem: quorum nihil in verbum peccandi potest cadere. Peccamus enim sic, non ut dicamur alteri peccare; sed in alterum; non sic, ut quidquam eo facto in eum transferamus; sed ei adimamus potius, quantum in nobis est: nam eo delictum spectet. Ait, *si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti iter fieri.* Iter facere est, ire. *L. 1. §. is cujus, supra, de itin. ac. priva.* hujus autem stipulationis *mihi ire licere spondes,* eadem forma est, quæ illius, cujus mentio fit in *L. 3. supr. habere licere spondes?* † Ergo ut in illa hoc significatur, per te non fieri spondes, quominus mihi habere liceat, ut illic docuimus: sic his verbis ire licere sponde? hoc exprimi existimandum est, per te non fieri spondes, quominus mihi ire liceat? Et omnino Cato his verbis, *iter fieri*, hanc ipsam intelligit, ut manifeste declaratur in illis verbis, *differentiæ hanc esse rationem:* ubi Cato reddens rationem differentiæ inter eas stipulationes, quarum mentionem fecerat, scribit in priore casu omnes heredes commisisse illam stipulationem, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Quod priorem casum dicit, indicat stipulationem *iter fieri*, nam de hac priore casu egerat. Rursum quod dicit; *illam stipulationem, per te non fieri,* aperte hoc pronomine demonstrativo, *illam*, declarat se et jam antea quoque hanc stipulationem, quam exprimit, posuisse: cum demonstrare non possit, nisi eam, de qua prius mentionem fecerit: quod si hæc præcedentibus illis verbis expressa est, illis certe continetur, *iter fieri*, non aliis: nam et illorum vis ac potestas eadem est, ut dixi, et perspicuum est illam alteram, *amplius non agi*, quam et ipsam prius posuerat nihil habere commune cum hac, *per te non fieri, quominus ire agere liceat:* neque vero plures ante posuerat Cato, quam has duas, iter fieri, et amplius non agi. Ait. *quod in priore casu omnes commisi se videntur (quod nisi in solidum peccari non poterit illam stipulationem per te non fieri.* † Bene monent Taurellus et Daurenus in hac oratione verba illa, *quod nisi in solidum peccari non poterit*, legenda esse per parenthesin; ut sit hic sensus, in priore casu omnes commisisse videntur illam stipulationem per te non fieri, idest, omnes adversus eam fecisse; quoniam in eo casu nisi solidum peccari non poterit quandoque ab heredibus. Nam quod quidam defendunt recte ista legi uno contextu, ut sit sensus, in priore casu omnes commisisse, id est peccasse, et fecisse, adversus stipulationem videtur quia nisi in solidum peccari non potuerit illam stipulationem, per te non fieri: id quidem nulla ratio Latini sermonis patitur: etenim ex hac lectione in duo manifesta peccata incidimus: unum quia dicimus peccare stipulationem, pro eo quod est, peccare in stipulationem, contra usum et rectam rationem loquendi omnium Latine loquentium, ut supra docuimus; alterum, quod manifestum solœcismum invehimus, qui inest in illis verbis, quod illam stipulationem peccari non potuerit, nisi in solidum: ut enim dis-

7

8

ceremus, stipulatio committi non potest, non autem stipulationem committi non potest, nisi vitiose loqui vellemus: ita his ipsis auctoribus, quibus committere in hac specie significat peccare, dici deberet illa stipulatio peccari non potest, non autem illam stipulationem peccari non potest. Scio recte dici peccari potest in illam stipulationem; sed quemadmodum recte dicitur committi potest in stipulationem, non autem committi potest stipulationem: sic recte, peccari potest in stipulationem: non recte, stipulationem peccari potest.

Sed videamus, ne non idem hic sit.) Jam tandem, quoniam ad locum ventum est, doceamus horum verborum eam sententiam esse, quam initio capitis diximus, hanc ni
9 mirum: † Sed in hac stipulatione, *dolum malum obesse a te heredeque tuo*, de qua nobis posita quæstio est, vel de qua affirmat Sabinus sententia mea non est idem; idem, supple quod in ista, de qua proxime Cato egit, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Principio convenit inter eruditos omnes hæc verba, *sed videamus, ne non idem sit*, non dubitationem habere, sed affirmationem, perindeque valere, ac si dictum esset, sed non est idem: de quo veterum loquendi more eum in his verbis, tum in aliis multis similibus, quæ dubitantium speciem præ se ferant, non habebit quisquam unquam, quod dubitet, qui legerit quod de hoc genere copiose collegit Franc. Duarenus *Lib.* 2. *disp. cap* 11. Jam vero, *hic* valere, in hac stipulationi, omnes intelli-
10 gunt. † Quam stipulationem notet, videamus. Et duorum alterum, aut indicare id demonstrativum unam aliquam stipulationem ex iis, quæ nominantur in §. *Cato*; aut certe ad eam de qua initio capitis instituta disputatio est, idest, *dolum malum abesse*, referri necesse est. Prius nullo modo defendi potest, relinquitur igitur posterius. Ajo non posse hoc demonstrativum, *hic*, ulli stipulationi convenire ex iis, quæ in §. *Cato*, proponuntur. Si esset aliqua ex his, ad quam referri posset, ea esset proxima, ut hoc verbum ad proxima referri solet, non ad remotiora. Ea est autem stipulatio per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat; nam in hanc proxime desiit Paulus postquam Catonis verba retulit: ad hanc vero referri non potest; nam si dicimus, *hic*, idest in hac stipulatione, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, non esse idem: siquidem intelligimus non esse idem quod in stipulatione, iter fieri, quasi repredatur Cato, quod illam initio individuam esse dixerit, falsum dicimus, cum utraque, non dico factum individuum contineat, sed plane sit eadem, ut in explicatione verborum Catonis ostendimus. Sin intelligimus non esse idem, quod in illa stipulatione, *amplius non agi*, verum quidem dicimus, cum in altera factum individuum contineatur, in altera, dividuum; sed hæc sententia neque verbis neque menti Pauli convenire potest. Observandum est enim Paulum non affirmare tantum aliquod hoc loco, sed ea affirmatione vel reprehendere, vel mutare aliquid eorum, quæ supra vel a Catone, vel a Sabino de superioribus stipulationibus dicta erant, ut vis adversativæ satis indicat. At prius superiores istas duas stipulationes inter se non comparaverat Cato, sed separaverat aperte, ut profecto si idem nunc Paulus affirmet, non reprehensive in eo opus fuerit, sed assensu et approbatione, ut diceret: et vere Cato non idem esse dixit in hac stipulatione proxima, quod in illa, *amplius non agi*; nam re vera maxime differunt. Sed quorsum Paulus id confirmare vellet uno verbo, cum Cato rationes suæ sententiæ reddidisset, quæ multo magis rem ostenderent, quam simplex Pauli affirmatio? Non potest igitur hoc demonstrativum, *hic*, ad stipulationem proximam, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, referri. Quid, an putamus referri ad illam, *amplius non agi* ut sit sensus, sed in hac stipulatione, amplius non agi, non est idem, quod in illa, per te non fieri, quominus ire agere liceat? At hoc neque vis pronominis demonstrativi patitur, quod ad proxima tantum refertur; neque concedit ratio sententiæ, quia isto modo confirmaret Paulus id ipsum, quod Cato prius posuit de utraque stipulatione; nunc autem apparet ex verbis Pauli propositum illi esse reprehendere ex præcedentibus aliquid, non confirmare. Atqui, ut jam dixi, hoc demonstrativum aut ad istas, quas dixi, aut ad stipulationem, *dolum malum abesse*, de qua initio proposuerat, referatur, necesse est. Cum effectum sit ad priores non referri, quid restat, nisi ut ad posteriorem referatur? Ergo erit hic sensus, quem supra ostendi: Sed in hac stipulatione, *dolum malum abesse:* non est idem, intellige quod in ea, de qua proxime factus est sermo, quam Cato individuam esse dixit. Neque vero, quominus ita interpretari debeamus, vis demonstrativi repugnabit, quod diximus tantum ad proxima referri debere: Nihil est enim in omni sermone magis propinquum, vel verius, nihil magis proprium ejus sermonis, quam id de quo institutus est sermo, sive id quod posi-

tum est in quæstione. At proposita quæstio est de hac stipulatione, *dolum malum abesse* sive de ea interrogat Paulus, an eadem sint in ea, quæ in præcedentibus, sive verba Sabini de ea stipulatione affirmantis posuit, ut illa exenteret ad regulam, et definitionem Catonis traditam de factis istius generis individuis et dividuis: quare sententiam suam postea interponens circa ea quæ præcesserant, bene atque adeo convenientissime hanc stipulationem nominat, dum eam designare vult, de qua quærebatur, et de qua hæc tota disputatio erat instituta. Quamobrem si de verbis Pauli, structura et compositione orationis quæritur, nihil est in his, quod superiorem interpretationem plane non admittat. Sed refragatur fortasse ratio sententiæ, quæ inde efficitur: quoniam sententia
11 falsa est. † Quid ergo, si non tantum verbis convenit, sed etiam verissima per se sententia est, non esse idem in stipulatione, *dolum malum abesse*. quod in illa proxima, *per te non fieri, quominus ire agere liceat*; sed magis idem, quod id illa, *te heredemque tuum ratum habiturum*: an quidquam deest ad hujus interpretationis et sententiæ rationem, quominus eam amplecti et retinere debeamus? Atqui nihil est hac ipsa sententia verius. Illa stipulatio, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat*, pro parte committi non potest: denique individuum factum continet, quia ut declaratur in §. *Cato*, non potest ulla ratione, vel unus ex multis stipulatorem prohibere, quominus eat agat, quin illi tam noceat, quam si ille prohiberetur ab omnibus. Non est hujusmodi stipulatio hæc, *dolum malum abesse, a te, heredeque tuo.* Nam ut aliis in rebus non possit unus heres dolo quid facere in re vendita; at certe in hac potest, si rem venditam, de qua cautum erat, pignori obligaverit, ut jam supra diximus: hæc enim pro parte pignori dari potest, et si ab uno ex heredibus data erit, non amplius, quam pro parte poterit obligari: ut consequens sit eam obligationem pro parte coheredum nihil stipulatori nocere. *L. 1. C. si com. res pig. dat. er.* Sed nobis obstat, videlicet *L. inter. §. quod ex facto, supr. fam. erc.* ubi idem ipse Paulus, cui hoc loco, has stipulationes inter se exæquans, a te heredeque tuo dolum abfuturum, et, neque per te, neque per heredem tuum fore, quominus quis eat agat; scribit in utraque, si propter factum unius reliqui teneri cœperint; ut sic in solidum commissa sit stipulatio, cæteros habituros judicium familiæ erciscundæ cum
12 eo, qui contra fecerit. † Hoc qui superiori sententiæ tam vehementer adversari contendunt, hi mihi verba non satis attendere videntur. Non enim dicit Paulus pariter accidere in utraque, ut unius facto stipulatio committatur in solidum, et cæteri quoque heredes teneantur: sed hoc tantum, quo casu in his stipulationibus unius facto reliqui teneri cœperint, eo casu reliquos adversus eum, qui stipulationem commiserit, judicium familiæ erciscundæ habituros. Atqui his verbis nihil amplius significat, quam in stipulatione, *dolum malum abesse*, accidere posse, ut unius facto in solidum stipulatio committatur. Quod nos concedimus: interdum enim id quod fit dolo malo, individuum est, et peccari nisi in solidum non potest: ut, si unus ex heredibus veneno infecerit rem venditam: sed non ideo hinc efficitur, quidquid fit dolo malo, id esse hujusmodi: et vero palam est non semper id evenire: interdum enim quod fit ab uno herede, divisionem recipit, ut pignoris datio; quo in genere unius oppignorantis facto cæteri non tenentur, sed is solus qui oppignoravit et is quidem pro portione tantum sua quia partem tantum suam oppignoravit, ut declaratur in §. *Cato*; hoc vero de stipulatione, neque per te, neque per heredem tuum futurum, quominus mihi ire agere liceat, dici non potest: quæ omni ex parte factum individuum continet, nec unquam in ea potest accidere, quin unius facto in solidum committatur, ut eodem §. satis expositum est. Non est igitur, ut ad id quod propositum est, redeam, non est idem in stipulatione, *dolum malum abesse*, quod in illa, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat.*

Subjicit Paulus *sed magis idem, quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum.*) Sensus est in hac stipulatione, dolum malum abesse, non est idem quod in illa superiore proxima; sed idem est, quod in illa, *Titium heredemque ejus ratum habiturum*. Idest, hæc stipulatio, dolum malum abesse potius similis est illi, Titium heremque ejus ratum habiturum. † Et om- 13
nino ita res habet, ut sit omni ex parte similis, dummodo conveniat, de quo promissore hic agatur. Nam et procurator alieno nomine agens, jubente prætore cavet Titium dominum litis, heredemque ejus ratum habiturum, neque aliter actio ei datur ex edicto. *L. servum; §. ait prætor, L. non solum. 1. supr. de proc.* quæ ideo prætoria appellatur. *L. 1. L. 2. §. incertum, infr. de præt. stip.* ac de ea agitur sub titulo. Rem ratam haberi. † 14
Hanc Paulus non intelligit hoc loco, ut se-

quentia facile ostendunt. eum dicat ex ea stipulatione, de qua loquitur, eum teneri, qui ratum non habet: at ex superiore stipulatione non tenetur is, qui non habet. Est enim in potestate domini ratum non habere iterum de re ad se pertinente agendo; et vero ex stipulatione procuratoris obligari non potuit. Ne procurator quidem, aut heres ejus ex ea stipulatione potuit teneri: primum quia iterum agere non possunt isti, obstante his rei judicatæ exceptione, deinde quia si agerent tamen ex eorum facto stipulatio non committeretur; cum de facto suo aut heredum suorum procurator non caverit, sed de domini facto procuratoriam igitur stipulationem ut dixi, non intelligit. Quam igitur? Nempe hanc restat, ut intelligat eam, quæ cum domino ipso interponitur, qua ille promittit se heredemque suum ratum habiturum, quod cum procuratore suo actum erit: cui stipulationis tunc locus est, cum dominus id agit, ut procuratoris sui persona confirmata illum necessitate satisdandi liberet, ut est in *L. si procuratorem. supr. de proc.* Recte illi judicio meo, qui eam conventionalem esse dicunt, non prætoriam. cum neque domino ea injungatur ullo edicto, et judicium procedere possit cum procuratore, etiam sine hac satisdatione. Hac stipulatione a domino interposita, quamvis cum procuratore ejus actum sit, et adversus illum sententia dicta; tamen non obstat res cum alio judicata, quominus iterum dominus hæresve ejus possit de eadem re agere, atque ita ratum non habere, quod cum procuratore ejus actum est. Sed si aget unus ex ejus heredibus, quia facit contra stipulationem, committatur stipulatio ad pœnam, aut in id quod ejus interest,
13 a quo iterum petitur. † Ergo huic stipulationi similem facit eam, de qua agitur, dolum malum abesse; merito, nam utriusque
14 eadem omni ex parte conditio est. † In stipulatione, *dolum malum abesse*, alias factum individuum continetur, alias dividuum, ut supra docuimus. In stipulatione, *dominum, heredemque ejus ratum habiturum*, idem plane accidit. Facit enim adversus hanc stipulationem vel promissor dominus, vel heres ejus, si iterum petat a stipulatore id, de quo prius cum illo per procuratorem actum est; porro in eo, quod petitur, interdum solida et individua petitio est singulorum heredum, interdum dividua, et pro parte tantum hereditaria cujusque. Finge prius actum fuisse a procuratore de servitute. cum is victus esset, ibi unum ex heredibus promissoris iterum petere servitutem; non potest is agere nisi in solidum, quia res natura sua non recipit divisionem. *L. 2. §. ex his, sup.* Itaque et is unus stipulationem committit in solidum ex definitione Catonis itidem ut fieret in stipulatione, dolum malum abesse. si unus in solidum in rem, de qua cautum erat, dolum admisisset. At si prius procurator egerit de specie certa, aut certa quantitate, et unus ex heredibus promissoris iterum agat, hic vero rei natura dividuæ non nisi partem petere poterit: cum certo jure ea, quæ in nominibus sunt, dividantur inter heredes pro portionibus hereditariis. *L. ea, quæ. C. fam. erc.* ut dicendum sit ex definitione Catonis. cum factum dividuum sit, hunc heredem stipulationem committere pro portione tantum sua. Atqui hoc idem plane fit in stipulatione, *dolum malum abesse*, cum unus ex promissoris heredibus servum de quo cautum erat, dolo malo pignori obligat. Id enim non nisi pro parte potest facere. An quisquam igitur his cognitis neget recte stipulationes istas inter se comparari? non equidem arbitror, nisi res certissimas contradicendi studio in dubium revocet. Video tamen esse in verbis Pauli hoc loco, quod dici possit superiori sententiæ adversari, non quo negetur stipulationem, *dolum malum abesse*, continere interdum factum dividuum, et hactenus esse similem illi, *Titium heredemque ejus ratum habiturum*: sed quo prohibetur hanc posteriorem semper continere factum dividuum; ait enim Paulus, hac stipulatione uno ex heredibus contra faciente non omnes heredes teneri, sed eum solum, qui non habuerit ratum: quod non fit, nisi ubi stipulatio dividuum factum continet. Quod si verum est, semper erit hæc stipulatio dividua: illa autem altera, *dolum abesse*, non semper, quo efficietur non esse idem per omnia in utraque, ut Paulus dicit. Sed non sunt ea verba Pauli, ex quibus colligi possit ex hac stipulatione, *Titium, heredemque ejus ratum habiturum*, semper unum ex heredibus posse pro parte ratum non habere, atque ita ea stipulatione semper factum dividuum contineri. Observandum est enim ea non ad omnem heredem pertinere, sed ad eum, qui solus ratum non habet. Is intelligendus est solus ratum non habere, qui petit pro parte hereditaria, quod petit. Nam quod in parte dividi non potest, si unus ex heredibus in solidum petit, ut eum petere necesse est, id ab omnibus peti videtur, ut est in definitione Catonis. Ergo qui pro portione tantum sua agit, eum Paulus ait solum teneri; hoc qui dicit, non negat teneri omnes heredes, si unus ex heredibus aliquid in solidum petat, quia pro parte petere non possit, imo vero ex

contrario hujus facto omnes teneri potius confirmat, quasi ex hujus facto ratum non habuisse videantur.

Ait, *quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non possit.*) Si hæc verba a superioribus divulsa, uti hoc loco scripta sunt, ita simpliciter et sine adjuncto accipiamus; sententia aperte falsa est; dominum pro parte ratum habere non posse. Non enim tantum refellitur ex *L. si procurator. inf. rem rat. hab.* sed etiam ratione manifesta. Nam si dominus, qui promisit se ratum habiturum, quod cum procuratore actum erit, potest in totum ratum non habere, idest, in totum petere, ut hic significatur: quanto magis partem petere? non enim debet, cui quod plus est, licet, quod minus est, non licere. *L. non debet cui, infr. de reg. jur.* †

17 Dicendum est igitur hoc dictum accipiendum esse ex conditione, et hypothesi toti huic loco proposita. Erat autem posita hypothesis in principio §. *Cato*, de eo, qui promittit se non facturum, et si contra fecisset, pœnam: quæstio, si contra factum sit, quatenus committatur pœna. Proinde quod hic dicitur dominum pro parte ratum habere non posse, ex hac ipsa hypothesi intelligendum est, ut scilicet non possit, quin pœna adversus cum in solidum committatur. Diversa est caussa heredum ejus, ex quibus unus si adversus stipulationem petat, idest, ratum non habeat, solus tenetur, ut hic Paulus scribit, et ut Cato loquitur, in facto dividuo pœnam adversus se committit pro portione hæreditaria, non etiam adversus cæteros. † Qui fit igitur,

18 ut promissore pro parte agente pœna in solidum committatur: herede autem uno similiter pro parte agente, non item committatur in solidum? Id efficit conditio stipulationis pœnalis hac enim pœna solida promittitur, ad quamcunque quantitatem usque ratum non habeatur: sed hac lege, dum is pœna teneatur, qui alter quam cautum sit, fecerit; facit aut promissor, qui contra stipulationem ratum non habet, etiam si minima ex parte amplius agat: quare pœna adversus eum in solidum committetur ex conditione stipulationis. At contra stipulationem nihil faciunt reliqui coheredes, qui amplius non agunt; ita necesse est etiam ex conditione pœnalis stipulationis pœnam adversus eos non committi, sed adversus cum solum, qui ratum non habuit; quo admisso et illud recipi necesse est, ut pœnam non in solidum adversus eum committatur, sed solum pro portione hereditaria; nam in solidum si committeretur, etiam reliquus heredes teneri oporteret, non eum, qui contra fecisset; is enim cum pro parte heres sit, in solidum ex stipulatione hereditaria teneri non potest ad eam rem, quæ divisionem recipit. Ergo ex persona heredum immutatur conditio obligationis, dixerit aliquis, contra quam supra a Paulo definitum est in *L.* 2. §. *ex his. supr.* Imo conservatur maxime, dum utrobique is tenetur, qui contra stipulationem fecit; id cavetur, ne ii teneantur, qui contra nihil fecerunt; promissor tenetur in solidum; quia solida obligatio in persona ejus constitit: heres non nisi pro parte tenetur, quia et hactenus ad cum obligatio hereditaria pervenit. Utrum cum hac sententia, quæ et ipsa sententia est. §. *Cato. supr.* pugnet. *L.* 5. §. *ult. infr. eod.* illic videbimus.

Ad §. *Si is qui duplam.*

Si is qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis: unusquisque ob evictionem suæ partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria, et damni infecti, et ex operis novi nuntiatione. Restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest. Hæc utilitatis caussa ex parte stipulatorum recepta sunt. Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest.

SUMMARIA.

1. *In omnibus faciendi obligationibus, quæ factum individuum continent promissoris heredes quatenus teneantur, exemplis quatuor stipulationum declaratur.*
2. *Quæ sit duplæ stipulatio: item fructuaria: damni infecti: si ea quæ et novi operis nunciatione est.*
3. *Quid in suprascriptis stipulationibus contineatur, et an pro parte id præstari possit.*
4. *Quid in stipulatoris heredibus.*
5. *Interpretatio verborum;* utilitatis caussa.

Docuit Paulus supra *L.* 2. §. *item si in facto.* idemque traditum est in *L.* 3. *supr.* in stipulationibus, quæ in non faciendu consistunt, hoc distare heredes promissoris ab heredibus stipulatoris, quod si factum individuum sit, uno ex promissoris heredibus contra quam cautum est, faciente, cæteri tenentur omnes; uni ex heredibus stipulatoris si eo facto nocitum sit, solum eum actionem habere, cui nocitum est, cæteros non habere, quorum nihil interest: cujus differentiæ ra-
1 tionem illic exposuimus. † Hic Paulo propositum est docere, generalem esse hanc sententiam in omnibus faciendi obligationibus, etiam iis, quæ in faciendo consistunt, quæque id factum continent, quod individuum sit, ut uno ex heredibus promissoris non faciente, quod promissum est, stipulatio hereditaria in solidum committatur adversus omnes vel ad pœnam, quæ adjecta erit, vel in id quod stipulatoris interest. Quod si uni ex stipulatoris heredibus non præstetur id, quod promissum est, cæteris aut præstetur, aut eo nomine satisfiat, idem, hic quoque sequi nos ait, quod supra, ut is cui id præstitum non est, solus actionem habeat pro portione hereditaria. Id Paulus declarat exemplis harum quatuor stipulationum, duplæ, fructuariæ, damni infecti, et ex operis
2 novi nunciatione. † Duplæ stipulatio est, qua venditor emptori promittit duplam, si res vendita evicta erit. *L.* 2. *L. emptori, supr. de evict.* Dupla est, dupla quantitas, et id quod uno verbo dicitur, duplum in *L. vindicantem, supr. de evict.* et *L. penult. C. eod.* Ex hac stipulatione hoc suscipit venditor, ut emptorem judicio defendat, ne res evincatur. *L. in executione.* §. *in solidum*, *L. cum ex caussa, infr. eod.* Stipulatio fructuaria est, qua fructuarius in re fructuaria accipienda promittit se ea re usurum, fruiturum boni viri arbitratu, et finitu usufructu restituturum se, quod inde exstabit. *L.* 1. *supr. usuf. quemad. ca.* Stipulatio damni infecti est, qua dominus ruinosarum ædium promittit vicinu se, quod damni contingerit loci. ædium. aut operis vitio. id præstaturum vicino. *L. fluminum.* §. *ad icitur*, §. *quanquam*, §. *item videamus, supr. de dam. inf.* unde intelligimus promissorem ex hac stipulatione debere restituere, idest, demoliri opus seu ædes ruinosas, si velit damni nomine, quod ex ruina contigerit, non teneri. Stipulatio ex operis novi nunciatione est, qua is, cui opus novum nunciatum est, si postea judicatum erit eum non jure ædificasse, promittit se quod ædificaverit, restituturum, idest, demoliturum. *L. stipulatio, tota. supr. de oper. no. nunc.* † Igitur in sti- 3
pulatione duplæ defensio continetur; in fructuaria rei fructuariæ restitutio: in stipulatione damni infecti restitutio, seu demolitio operis ruinosi; in stipulatione, ex operis novi nunciatione, restitutio seu demolitio operis contra nunciationem non jure facti. Nihil

horum pro parte præstari posse hic scriptum est in extremo. Id enim significant illa verba: *ipsi autem promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest*, non dixit neque restitutio operis; sed generaliter et infinite *neque restitutio*, ut intelligamus hoc ad omnem restitutionem, quæ suprascriptis stipulationibus continetur, referri. Et sane hoc ita est, ut nihil istorum possit præstari pro parte: non potest videlicet unus ex heredibus promissoris pro parte defendere, *d. L. cum ex causa. infr.* propterea quod non potest emptori pro parte præstari, ut illi rem habere liceat, ut docui ad *L. 3. supr.* fit autem defendendo, ut rem emptori liceat habere: Non potest item ex stipulatione fructuaria restitui res, nisi in solidum, quod qui negant non videntur legisse *L. si duo, sup. depo.* in qua Ulpianus diserte scribit, nisi pro solido rem non posse restitui. Præterea non animadvertunt in restituendo contineri tradere: at res pro parte tradi non potest: unde stipulatio rem tradi inter eas stipulationes numeratur, quæ divisionem non recipiant, in *L. stipulationes non dividuntur; infr. eod.* In stipulatione autem damni infecti, et ex operis novi nunciatione certum est opus pro parte restitui non posse, quemadmodum nec potest pro parte ædificari. *L. 2. infr. de præt. stipul. L. stipulationes non dividuntur, infr. eod.* ✝ Hæc quanquam 4 ita sunt ex parte heredum promissoris; tamen aliter recepta sunt ex parte heredum stipulatoris: nam si uni ex stipulatoris heredibus res pro parte ejus evicta sit, nec defensa, aut res non restituta, aut opus factum non destructum uni illi nocuerit; is solus aget eo nomine pro sua parte, cæteri non agent, quorum nihil intererit, idque ita receptum est, inquit Paulus, *utilitatis caussa*: ubi utilitatis caussa interpretari non debemus, ejus quod interest caussa: non quod utilitas non aliquando id significet, *ut L. 2. supra, de eo quod cert. loc.* et alibi: sed quia et significatio non modo non conveniat proposito Pauli, sed sit etiam pene contraria. Nam si cum uni ex heredibus stipulatoris non præstatur, quod promissum est; ideo ei soli datur actio, quia ejus solius interest: quid fiet, ubi pœna est promissa, si non fiat, quod promissum est? nempe consequens erit eam propter fidem uni ex heredibus non præstitam, omnibus heredibus committi, etiam quorum nihil intersit; quia cesset ratio superior, propter quam dicebamus cæteros coheredes actionem non habere: ideo enim non habent, quia ipsorum non interest; at in pœna id quod interest agentis non spectatur; proinde etiam nulla habita ejus quod interest ratione, pœnæ persecutio cæteris heredibus dabitur: quod menti Pauli adversatur: cujus hæc est sententia, cum uni ex heredibus promissoris res non defenditur, aut restituitur, eum solum habere actionem, non etiam cæteros, etsi pœna promissa sit, *L. 2. §. ult. et L. 3. supr. eod.* Non dubium est, quin Pauli ratio spectet ad objectionem tacitam diluendam, quæ hic de pœna occurrebat, hanc nimirum, in solidum committi omnibus heredibus, si vel uni ex heredibus præstitum non sit, quod debuit; hoc enim efficere videtur conditio stipulationis pœnalis, si me heredemve meum non defenderis, si mihi heredive meo non restitueris, decem dabis? idque ipsum summo jure ita accidere in stipulationibus, quæ in non faciendo consistunt, idem Paulus confirmat in *L. 2. §. ult. supr.* Atque hoc idem agnoscit, et hoc loco in hoc genere stipulationum, de quo agit: sed summo jure, inquam; cæterum contra receptum esse ait, *utilitatis caussa*; ✝ quod sic interpretandum est, quia utile id, quia æquum 5 et bonum est, ut sit id ex eo genere, quod alibi dicitur contra subtilitatem disputandi, seu verborum, propter utilitatem communem contrahentium receptum esse, *L. ita vulneratus, circa fi. supr. ad leg. Aq. L. sed cum viæ, sup. de pig.* Et hoc est, quod ille in *d. L. 2. §. ult. supr.* pœnam quidem ait committi in solidum; sed eos heredes, quorum nihil interest, si agant, exceptione doli removeri posse: nempe quia non sit æquum, non sit utile, eis quorum nihil interest pœnæ actionem dari: cujus rei rationem illic reddidimus.

Ad L. *Stipulationum.* 5.

Pomponius *Libro XXVI. ad Sabinum.*

Stipulationum aliæ judiciales sunt, aliæ prætoriæ: aliæ conventionales: aliæ communes prætoriæ et judiciales. Judiciales sunt dumtaxat quæ a mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio. Prætoriæ, quæ a mero prætoris officio proficiscuntur: veluti damni infecti. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam ædilitiæ: nam et hæ ab jurisdictione veniunt. Conventionales sunt, quæ ex conventione reorum fiunt: quarum totidem genera sunt: quot, pene dixerim, rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto. Communes sunt stipulationes, veluti rem salvam fore pupilli: nam et prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri: et interdum judex, si aliter expediri hæc res non potest. Item duplæ stipulatio venit ab judice, aut ab ædilis edicto.

SUMMARIA.

1. *Divisio stipulationum in Conventionales, Prætorias, etc. qua spectet, et quem usum præbeat:* et n. 31.
2. *Unde disputationis hujus difficultas.*
3. *Nihil hac in divisione redundare, nihil deesse.*
4. *Verbum judicialis stipulationibus, ambiguum.*
5. *Judicis appellationem pro Judice privato, seu a Prætore dato, non pro Magistratu accipi.*
6. *Prætor quando pro officio Magistratus, quando vero pro Judicis officio facere quid intelligatur,* et n. 9. et 11.
7. *Conventionalis stipulatio, an recte a cæteris distinguatur.*
8. *Definitio stipulationum judicialium, ejusque explicatio.*
10. *Quando Judex quis esse incipiat, et quod Judicis officium.*
12. *Regula generalis de Prætoris stipulationibus* et n. 33.
13. *Tria remedia, quæ ad stipulationes Prætorias iniungendas a Magistratu adhibentur.*
14. *Quæ utilitas in distinguendis stipulationibus judicialibus a Prætoriis.*
15. *Æditiliæ stipulationes cur in Prætoriis contineantur, et quid sint.*
16. *Definitio Conventionalium stipulationem explicata.*
17. *Rei in usu juris qui.*
18. *Hæc verba,* pœne dixerim, *cur a IĊ. adjecta.*
19. *Communes stipulationes quæ.*
20. *Vulgares interpretes auctoritate Theophili in errorem inducti.*
21. *Stipulatio Rem pupilli salvam fore, quando jussu Judicis interponatur,* et n. 23.
22. *Theophili lapsus.*
24. *Exceptio satisdationis rem pupilli salvam fore, initio litis Tutori non opposita, an judicio cœpto obiici possit.*
25. *His verbis Pomponii;* hæc res, *quid intelligatur: ubi pro demonstrativo* hæc, *auctor*, huic, *substitui posse censet.*
26. *De stipulatione rem ratam haberi.*
27. *Duplæ stipulatio num ædilitia.*
28. *Duabus de caussis duplum promitti, et de utra hic agatur.*
29. *Quam recte Communes hæ appellentur, quæ alibi dicuntur Prætoriæ.*
30. *Æditilia unde sic dicta, et de quo ædilium edicto Pomponii locus accipiendus.*

33. *Quomodo cum omnis stipulatio, non nisi ex utriusque partis consensu perficiatur, quædam tamen necessariæ sint, ex alterius jussu etiam invitis injungatur.*

34. *Ex necessariis enumerantur Prætoriæ stipulationes.*

35. *Ulpiani sententia in* L. 1. inf. de Prætor. stipul. *illustrata.*

36. *Regula generalis de judicialibus stipulationibus, earumque per divisiones variis ex caussis tam respectu actoris, quam rei desumptas enumeratio.*

37. *Cur cum stipulationes contractus sint, hi autem ex libera contrahentium voluntate pendeant; illarum tamen quædam contra, quam contractuum ratio postulare videtur non ex promissorum voluntate, sed ex alieno jussu concipiantur.*

Non satis vim atque utilitatem hujus divisionis expendere vulgo mihi videntur, qui ideo eam institui existimant, ut cum intellectum erit quasdam esse conventionales stipulationes, quasdam prætorias, sic deinde de earum interpretatione statuatur, diversam hanc esse nimirum juxta *L. in conventionalibus, inf. eod.* Non enim ideo stipulationes conventionales sunt, aut prætoriæ, ut earum interpretationem diversam esse statuamus; sed ideo varie eas interpretamur, quia prius eas inter se diversas esse, et aliam
1 atque aliam originem habere constitit. † Longe alio spectat hæc divisio, longeque alium usum præbet in cognoscenda natura stipulationis. Pertinet autem ad libertatem et necessitatem stipulationis interponendæ, explicandam, cui quæstioni tunc locus est cum de consensu agitur in stipulatione contrahenda. Scilicet ex ea intelligimus, etsi omnes stipulationes contrahuntur consensu: non omnes tamen conventionales esse et voluntarias, sed et quasdam esse necessarias, quæ non ex conventione contrahentium, sed ex alterius jussu et imperio proficiscantur. Cum autem permagni referat cujusque, non temere cogi ad promittendum, quod nolit, et non debeat; magnam esse utilitatem hujus divisionis necesse est, si ex ea intelligere licet, quis cogi possit, a quibus, quando, seu quibus in caussis, et quid cogi possit promittere. Id autem recte exposita hæc divisio nobis præstabit. Sed res non tam expedita est, quam a multis exi-
2 stimatur. † Est in partibus divisionis difficultatis nonnihil. In definitionibus ipsis generum singulorum non paulo plus. Sed in exemplis prætoriarum, ædilitiarum, et communium, quæ hic et alibi proponuntur, longe plurimum, et haud scio, an tantum, quantum ab aliis nondum satis perceptum sit, aut satis expositum. Sunt enim exempla ejusmodi, ut quidvis potius esse videantur, quam quod dicuntur: ac mihi quidem in his explicandis cum aliis, quos adhuc legi nullo modo convenit. Accedit ad quæstionis explicationis ejus difficultatem, quod prætermissum est hoc loco et similibus, (quod tamen præcipue ad quæstionem hujus loci pertinebit) quot stipulationes sint ex officio Prætoris, quot sint ex officio Judicis. Hæc nos omnia dedimus operam ut quam simplicissime et dilucidissime explicaremus, quando loci utilitas postulabat: quibus expositis tum deinde hujus divisionis locum et usum subjecimus, quæ si paucis consequi non potuimus propter rerum difficultatem, et nonnullam explicationis novitatem, æquum erit in re utili ac prope cognitu necessaria veniam dari paulo pluribus verbis. Est ergo primum, quod circa divisionem ipsam dubitatur, et quod circa generum ipsorum definitiones. † In divisione hæc videri possunt 3
inesse vitia, quasi et quædam genera hic prætermissa sint, et rursum quædam ex his, quæ enumerantur otiose adjecta, cum alia aliis satis contineantur: ex quo etiam deterius videri possunt alia ab aliis esse distincta. Primum non nominantur hic cautionales stipulationes: quod tamen genus positum est ab Ulpiano in *L. 1. infr. de præt. stip.* unde et videri potest hoc loco prætermissum. Sed non ita est, non appellantur hoc loco diserte cautionales stipulationes; sed verbo prætoriarum satis continentur; sunt enim et hæ prætoriæ; cum eas Ulpianus prætoriarum stipulationem speciem faciat in *d. L. 1. de præt. stip.* Nequequisquam miretur, quod eæ hoc loco non nominentur ab Ulpiano: hic enim dividitur genus ipsum stipulationis, cujus non alia genera summa sunt, quam hæc quatuor, quæ hic enumerantur: eo non licuit in his cautionalem stipulationem appellare eam, quæ nominatur ab Ulpiano: cum ea non sit unum ex illis generibus summis, sed unius generis summi species, nempe Prætoriæ stipulationis. Apud Ulpianum autem dividitur Prætoria stipulatio; genus unum videlicet ex illis summis quatuor, quæ dixi, cujus species inferiores cum tres hæ statuantur, judiciales, cautionales, communes;

ideo necesse habuit in his enumerandis uti cæteras species, sic cautionales nominatim recensere. Jam in generibus hic comprehensis, videri potest Pomponius vitiose hæc duo genera constituere, judiciales et Prætorias stipulationes, tanquam diversa inter se: cum potius judicialis sit Prætoria, certe Ulpianus Prætoriam facit, quia in ea divisione, quam modo dixi, stipulationem Prætoriam dividens ei generi subjicit judicialem. *d. L. 1. infr. de præt. stip.*
4 † Et necesse esset dici alterutrum fieri vitiose, siquidem utrobique judicialis verbum idem significaret. Nunc autem, quod utriusque loci definitiones facile ostendunt, ambiguum est verbum judicialis stipulationis, quod aliter hoc loco, aliter Ulpiano usurpatur, atque uterque suo sensu de re statuit rectissime. Interdum dicitur a Judice, ut sit judicialis quæ jubente judice interponitur, ut hoc loco: hoc sensu recte a Prætoria distinguitur: nam quatenus talis est, nunquam potest esse Prætoria. Interdum dicitur a judicio, ut sit quæ interponitur judicii caussa, quo ratum fiat, ut constat ab Ulpiano definiri; hæc vero potest jubente Prætore citra controversiam interponi, ea est, quam ille facit Prætoriam, ac quatenus talis est, non possit dici judicialis eo modo, quo hic judicialem definimus, ut sit quæ ab officio judicis proficiscatur. Imo, dixerit aliquis, et si judicialis dicatur, quæ proficiscitur ab officio judicis; tamen non recte distinguitur a prætoria; cum idem sit Prætor, seu Magistratus, et Judex: nam et Magistratus judices erant. Hoc posterius si licet negare,
5 quæstio omnis tollitur. † Itaque si verum est, quod eruditi quidam hoc loco ad defensionem afferunt, Judicis appellatione olim intelligi Judicem privatum, seu Judicem a prætore datum, non contineri autem prætorem, cujus esset pro jurisdictione judicem dare, non judicare: nihil est explicatu facilius. Sed vereor, ut sit tutum in eo consistere. Mihi quidem multis argumentis probatur Prætores, tametsi judicem ut plurimum dare solerent, tamen et judicare potuisse, si vellent, et adeo sæpe judicasse, denique video eos a veteribus Judices appellari. Inde titulus de rebus auctoritate Judicis possidendis; ubi Judicis, valet Magistratus, neque enim alius jubet possideri, quam Magistratus. *L. 3. §. 1. supr. de reb. eo.* Inde illud Ulpiani in *L. 1. supr. de jud.* cujusvis Judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. Sed nihil necesse est in hunc locum eam disputationem invehi, quæ a me alio loco commodiore tractata est: neque vero nunc ista defensione admodum opus esse judicio. Constat aliquem esse posse judicem, qui non sit Magistratus, qualis est Judex a Magistratu datus, ut si isto jubente interponatur stipulatio, nemo negare possit hanc a mero Judicis officio proficisci, constat et aliquem prætorem esse posse, et aliqua jure Magistratus facere, qui tamen nulla in caussa Judex sit, ut si ejus jussu stipulatio interponatur, omnes intelligant proficisci eam ab officio solius prætoris, et Magistratus. Sed etsi Prætor, seu quivis Magistratus in aliqua caussa judex sit, de qua ut pro potestate, seu vetere, seu nova cognitionem et judicium susceperit, si quam deinde stipulationem ab aliquo pro officio exigat, tamen hoc dico non minus in eo discretum esse officium Judicis ab officio Prætoris, quam ante, nec minus, quam ante, facile esse discernere, utrum illa pro officio Judicis injungatur, an pro officio Prætoris. Etsi enim unus et idem duorum partes gerit: diversæ tamen sunt, et disjunctæ partes Judicis, et Prætoris, et ejusmodi, quæ eodem tempore in eundem hominem non concurrant. Sic autem discerni possunt: † nam si quid Magistratus 6
pro potestate faciat sine judicio, aut non alicujus judicii caussa, id facere existimandus est pro officio Prætoris, et Magistratus, quia in eo partibus Judicis non fungitur: sin aliquid facit lite apud se contestata, idque ejus judicii caussa, in quo Judex sedet, id vero pro officio Judicis facere intelligitur, non prætoris; quia id facit magistratus quidem, verum ut Judex, non ut Magistratus, ejusque rei argumentum est, quia idem faceret in eo judicio pro potestate Judicis, etsi Magistratus non esset, sed Judex tantum a Prætore datus. Ita fit, ut nunquam non sit officium Judicis distinctum et separatum ab officio Prætoris, eoque semper recte distinguatur Judicialis stipulatio a Prætoria, sive Prætor omnino Judex esse non possit, sive in eundem Magistratum cadat, ut sit idem et Magistratus, et Judex.
† Videamus etiam in hac divisione, ne non 7
satis recte distinguatur conventionalis stipulatio a cæteris, quasi et hæ non sint conventionales: nam et cæteræ ex conventione reorum fiunt, quæ definitio est hoc loco conventionalium stipulationum, nec ulla omnino esse potest stipulatio, quæ non habeat in se conventionem, *L. 1. §. supr. de pact.* Et est omnino ita, ut si conventio tantum spectetur in stipulationibus, hac in re nihil distent conventionales a cæteris. Sed illud tenendum est, quod conventionales dicuntur

non eo fieri, quia conventionem babeant, sed quia ex conventione fiant, idest, exsistant et nascantur; non sic prætoriæ aut Judiciales: habent et hæ conventionem reorum, sed ita, ut hinc primum non proficiscantur, sed extrinsecus ex jussu et officio Prætoris aut Judicis. Ita distant conventionales ab aliis non conventione et consensu, sed caussa et origine hujus conventionis interponendæ. Recta igitur divisio, in qua neque pauciora genera sunt, quam sit necesse, neque plura; in qua neque deest quidquam, neque redundat. Constituta divisione, definitiones singulorum generum et exempla expendamus. † Judiciales, inquit, sunt duntaxat,
8 quæ a mero Judicis officio proficiscuntur. Ex officio Judicis, valet, ex jussu Judicis §. *ult. Inst. de divis. stip.* Proficiscitur ex jussu, quæ ab hoc jussu initium babet: ita judicialis est in summa, quam Judex jubet pro officio interponi: ut conventio quidem et stipulatio tota sit reorum, ut paulo ante dixi; initium autem ejus interponendæ a Judicis officio nascatur, qui eam interponi jubet. Cur igitur dicitur proficisci ex officio potius, quam ex jussu? ut intelligatur sic eam proficisci a jussu Judicis, ut tamen non possit is jubere pro arbitrio, ubi velit, et quam rem velit promitti: sed tantum pro officio, idest quatenus ei ex officio judicantis facere conceditur, quia scilicet ad rem, de qua judicium est, pertineat, quod quando accidat, paulo post dicemus. Merum est, *solum*, ut recte interpretatur Theophilus, hoc modo merum jus gentium Triphonino dicitur, quod per se spectatur sine præceptis civilibus in *L. bona. supr. depo.* et merum imperium dicimus, quod est solum, idest, sine jurisdictione, ut contra mixtum quod jurisdictionem habet. *L. 3. sup. de jurisd. L. ult. supr. de offi. hujus.* Sed cur additur merum, cum sufficeret dicere, quæ proficiscuntur ab officio Judicis? nam quæ ab officio Judicis est, ea quatenus inde proficiscitur, non potest esse ab officio prætoris. Et certe sufficeret dicere officium Judicis, si id ageretur solum hac definitione, ut distinguerentur judiciales a prætoriis. Nunc autem additum est verbum merum in utraque definitione, non quo distinguatur judicialis a prætoria, aut prætoria a judiciali, sed ut distinguantur ambæ a communibus. Est enim communis, quæ non solius est judicis, aut solius Prætoris: sed alias judicis, alias prætoris. Judicialis autem, quæ simpliciter ita dicitur, ea est, quæ ab officio judicis proficiscitur, et eo quidem mero, idest, solius judicis, prætoris nunquam; quemadmodum contra prætoria, quæ sic proficiscitur ab officio prætoris, ut nunquam jubente judice interponatur. Et ideo in definitione judicialium ita dicitur, judiciales sunt duntaxat, ut intelligatur definiri eas, quæ nihil aliud, quam judiciales sunt; non autem ita sunt judiciales, ut sint aliquando prætoriæ, idest, eas quæ non sint communes. Eadem sententia est verborum in prætoria stipulatione, cum ita definitur, ut sit, quæ a mero Prætoris officio proficiscitur. *d. §. ult. Inst. de divis. stip.* Quando autem stipulatio proficisci intelligatur ab officio judicis, non prætoris, vel contra: seu quando interponi jubeatur a Judice ut Judice, a Magistratu, ut Magistratu, præsertim cum eam interponi jubet judex, qui idem sit Magistratus, et si supra attigi, quo superiorum generum distinctio intelligeretur: tamen hoc loco, ubi præcipue de hoc officio agitur, dicendum videtur paulo explicatius. Id ita assequemur, si cognoverimus, quando Judex esse incipiat, et quibus rebus ejus officium contineatur. † Nam si quis sti 9
pulationem jure interponi jubet, cum de re aliqua judex esse cœpit, non alias jussurus, et firmandi ejus judicii caussa id facit, ac nisi a reo pareatur, iis remediis eum cogit, quæ sunt propria judicis; tum eam stipulationem a judice esse, aut ab officio judicis recte dixeris. Contra si qua est ejusmodi, quam quis jure interponi jubet, tum cum de alia re judicium apud eum institutum non est, aut nisi pareatur, non iis remediis ad cogendum utitur, quæ sunt judicis: etiam si futuri alicujus judicii firmandi caussa ea interponitur, tamen intelligere debebimus, hanc non esse judicis, neque ab officio ejus proficisci; ex quo efficitur esse eam ob officio prætoris; quia necesse sit, quæcunque jussu alterius jure injungitur, ab alterutrius officio proficisci, Judicis aut Prætoris. † 10
Quando ergo judex quis esse incipit? cum lite contestata res ad ejus cognitionem et judicem delata est; lite enim contestata res in judicium deduci, ac proinde ex eo judicium initium capere dicitur. *L. unica, C. de lit. contest. L. 1. C. de jud.* Quænam sunt autem partes, et quodnam officium judicis? Id positum est duabus in rebus. Primum ut de re in judicium deducta cognoscat, deinde ut de qua re prius cognovit, de ea et judicet. *L. de qua re. supr. de jud. L. judices, C. eod.* Judicatio autem est in sententia et pronunciatione judicis; pronunciatio horum alterutro continetur, ut eum unde petitur, vel non convictum absolvat, vel convictum condemnet. *L. 1. supr. de re jud.* Ex his de re proposita æstimetur. † Ergo 11

si quis Judex lite contestata jubet aliquid pro officio caveri, et nisi caveatur, eum quem jussit condemnat in id, quod adversarii interest, aut reum absolvit: sciamus hunc tanquam judicem jubere, quod jubet, etiam si maxime sit Magistratus, aut Prætor; quia in eo jubendo jure tantum et partibus judicis fungitur, unde et stipulatio judicialis merito nominetur. Quod si Prætor aut alius Magistratus lite apud eum non contestata de alia re, idest, judicio de alia re non instituto jubet aliquem adversario postulanti quid cavere, quod jure publico recte postuletur, et si non caveatur, non utitur condemnatione, aut absolutione, sed aliis remediis: quæcunque remedia hæc fuerint certo statuemus id eum jubere tanquam Prætorem, seu pro officio Prætoris: unde et stipulatio prætoria jure dicatur. Id vero in omnibus stipulationibus cum judicialibus, tum prætoriis licet observare: ac de judicialibus facile id comprobant ea exempla, quæ de his afferuntur et hoc loco, et in *Instit.* sub titulo, de divisione stipulationem; nempe de dolo malo, et de servo persequendo, quia in fuga est; quarum stipulationum rationem et usum si quis requiret, Theophilus explicabit, et ita, ut ex ejus explicatione facile quivis intelligat in his id spectari de judicio, et judicis officio, quod supra diximus. Nec dissimile judicium est de cæteris. In prætoriis stipulationibus paulo difficilius dictu est, qua nota in his officium Magistratus agnoscamus, neque enim omnes sunt unius generis, et pleræque adhibentur judicii confirmandi caussa, ut sciri potest ex ea divisione prætoriarum,
12 quæ est in *L. 1. infr. de præt. stip.* † sed ne quid sit necesse hic attingere singulas, hæc de omnibus in universum erit regula, nullam ex illis interponi jussu Magistratus, nisi ante litem contestatam de ea re, de qua judicium institui potest, et ad quam ea stipulatio refertur. Sed quod præcipuum prætoriæ stipulationis argumentum erit, nullæ sunt omnino prætoriæ stipulationes, in quibus injungendis Prætor adversus detrectantem condemnatione, aut adversarii absolutione utatur: sed ea sunt remedia, quæ nullo modo sunt judicis, ut in his Magistratus personam et auctoritatem facile liceat ani-
13 madvertere. † Ea autem tria observare possumus. Nam alias adversarium, qui cautionem postulat, mittit in possessionem bonorum ejus, qui non cavet: ut ex caussa damni infecti. *L. prætor. supr. de damn. inf.* ut ex caussa legatorum servandorum *tit. ut. lega. seu fid. ser. ca. supr. et tit. seq. ut in poss. leg. esse lic.* quas stipulationes esse prætorias partim hic scriptum est, partim in *Inst. de divis. stip. et L. 1. infr. de præt. stip.* Alias non caventi jurisdictionem suam denegat; ut fit in cautione judicatum solvi, quam si quis non præstet, Prætor eum ad alienam defensionem non admittit. *§. si vero aliquis, et seq. Inst. de satisd. L. qui pro rei. §. qui alium. supr. de proc.* ut fit in stipulatione, rem ratam dominum habiturum, quam nisi procurator actoris suscipiat, Prætor ei denegat alieno nomine actionem. *L. servum. §. ait Prætor. L. mutus. §. pœna, supr. de proc.* talis est et stipulatio fructuaria, qua cavet fructuarius se boni viri arbitratu usurum fruiturum; nam hoc nisi fit, denegatur ei persecutio ususfructus, vel possidenti retentio. *L. 1. L. et si ususfructus 7. supr. usufr. quem cau.* Atque has prætorias esse scimus ex *L. 1. infr. de præt. stip.* Alias actionem dat adversus eum, qui non cavet, ut adversus eum, qui non cavet ædilitia stipulatione, dat actionem ad mancipium redhibendum. *L. si venditor. supr. de æd. ed.* Quibus cognitis non solum intelligitur, quam recte distinguatur Judicis officium ab officio Prætoris, eoque et judicialis stipulatio a prætoria; sed etiam una aliqua ex his, quæ alieno jussu interponuntur, proposita, quæ sit prætoria, quæ judicialis, idest, quæ Judicis officio quæ prætoris conveniat, facile et sine errore judicabimus. † Sed quod 14
necesse est nos in his distinguendis laborare dicat aliquis? Quid enim refert, ab utro dicamus proficisci stipulationem, a judiceve, an a prætore, dum intelligatur hanc proficisci ab eo, qui jubendi jus habuit, sive Judex is sit, sive Magistratus? Et sane nihil admodum referret, si de persona tantum jubentis ageretur, nihilque inter istas et in tempore eas injungendi interesset, et in iis remediis, quæ ad istas injungendas adhibentur. Nunc cum in utroque tantum intersit, quantum supra exposuimus, vel hinc satis intelligitur, quanti referat, nosse, utrum a Judicis officio stipulatio esse dicatur, an ab officio prætoris. Judicialem esse cum dicimus, hoc dicimus nunquam injungi eam, nisi lite contestata, et ab eo qui de re judicat, et quatenus stipulatio ad id judicium pertinet; ac si quis cavere jussus detrectet stipulationem, non aliud habere judicem quod faciat, quam ut non caventem condemnet, aut adversarium interdum absolvat. Contra prætoriam eam esse dicimus, hoc significamus, primum nunquam ab alio eam exspectari posse, quam a Magistratu; a Judice dato frustra. Deinde hanc injungi ante litem contestatam: tum si recusetur, ad cogendum

non esse constitutam condemnationem non caventis, aut adversarii absolutionem, sed ea remedia quæ supra diximus, quæ constat non esse judicantis. Sed jam ad reliqua pergamus.

Ait. *prætorias autem sic audiri oportet,*
15 *ut in his contineantur etiam ædiliciæ.*) ✝ An quod Ædiles fuerunt Prætores, ut sic ædiliciæ contineantur in prætoriis, uti species in suo genere? minime: constat enim Ædiles non fuisse Prætores, nec Prætores Ædiles, sed diversos hos et maxime diversos Magistratus fuisse, quod cum omnes historiæ testantur: tum vero si qui adhuc aliter docent, ita esse, discere potuerunt ex *L. 2. §. deinde cum placuisset, supr. de orig. jur.* ut verissimum sit, quod quidam monent, pro his verbis, quæ recte leguntur in Pandectis Florentinis, *nam et hæ a jurisdictione veniunt,* male reposuisse quosdam in Institutionibus, *nam, et hæ a jurisdictione* Prætoris *veniunt.* Nam quomodo a jurisdictione Prætoris, si Ædilis Prætor non est? Quod si ita est, sine dubio ædiliciæ non sunt prætoriæ. Quomodo igitur dicuntur appellatione prætoriarum contineri? Non verbi significatione, sed scriptoris sententia. Est enim hic loci sensus, quod de prætoriis dictum est, id sic accipiendum esse, ut dictum intelligatur de omnibus, quæ ab officio cujusvis alius Magistratus proficiscantur, cujus generis sunt ædiliciæ; quoniam ut omnium eadem ratio est, sic de omnibus idem jus statui oportet. Et hoc est, quod subjicit: *nam et hæ a jurisdictione veniunt;* ut sit non ab edicto, sed a potestate juris dicundi: hoc enim perinde valet, ac si ita dictum esset: omnium interponendarum eadem caussa est, et origo, jurisdictio nimirum Magistratos. Proficiscuntur prætoriæ a jussu et officio Prætoris: nempe propter jurisdictionem et imperium, quo ille fretus cogendi jus habet; in quo inest juris dicundi potestas, quam habet ille, non quia Judex sit, sed quia prætoris, habiturus etiam, si nunquam judicet. Et ædiliciæ item a jurisdictione veniunt. Nam et eas ipsi Ædiles non tanquam Judices, sed pro jure potestatis, proque jurisdictione, quam in quibusdam caussis cum Prætoribus parem habent; eodemque modo et extra judicium jubent interponi, proinde et de his ex superiore genere satis dictum esse existimandum est, ut vere dici possit prætoris officium exempli caussa positum esse, ut sub Prætoris persona, idest, ex nobiliore specie Magistratus, velut συνεκδοχικῶς orationis compendio cujusvis Magistratus officium, qui eandem in stipulationibus aliquibus interponendis jurisdictionem habet, intelligatur. In quo juris auctores commoditatem dicendi secuti sunt; facilius est enim, et ad loquendi consuetudinem, atque orationis brevitatem aptius, dicere prætorias stipulationes, quam Magistrales, aut Magistratuum stipulationes. Ædiliciæ autem sunt, quibus venditor cavet de re vendita hoc modo, rem morbosam non esse, vitiosam non esse, servum fugitivum non esse, errorem non esse, non esse denique in aliqua caussa ex iis, de quibus ut caveatur, edicto ædilium cautum est. *L. itaque, supr. de æd. ed. L. si ita quis, L. quia dicitur, supr. de evict.* quæ omnes ideo dicuntur a mero ædilis officio proficisci, quia jubet ædilis eam interponi sine ullo judicio, ac nisi ipso jubente interponitur, non condemnat venditorem, sed actionem dat adversus eum ad rem redhibendam intra duos menses, vel quanti emptoris intersit intra sex menses. *L. si venditor, supr. de æd. ed.*

Ait, conventionales sunt, quæ ex conventione rerum fiunt.) ✝ conventione sic accipe: 11
conventione sola, ut aliunde non proficiscantur, ut et supra diximus. Nam et ceteræ omnes stipulationes conventione rerum constant, sed non inde tantum proficiscuntur. Reum in usu juris ut plurimum eum dici 17
constat, qui promittit, qui debet, cum denique unde petitur. *L. 3. supr. de jurejur. L. 1. supr. de ed.* Sed cum in Institutionibus in explicatione hujus ipsius divisionis definiantur conventionales, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur; vel hinc petere licet, quos reos hic intelligere debeamus: nempe non eos accipi debere, qui proprie ita dicuntur, ut intelligantur promissores: sed utramque partem contrahentium, id est, et stipulantem, et promittentem: quod et ipsum nomen conventionis, quo Pomponius utitur, satis nos docet: est enim conventio placitum non unius promittentis, sed duorum, id est, ejus qui promittit, et ejus cui promittitur. *L. 1. §. 1. supr. de pac.* ex quo bene Accurs. *reorum* hoc loco interpretatus est, *contrahentium:* neque id præter rationem sermonis, sed maxime ex significatione verbi, et usu loquendi veterum. Reos enim a re dictos esse notum est ex Cicerone *Lib. 2. de orat.* ut sint omnes, quorum de re agitur: unde in usu juris, non tantum promittendi rei dicti sunt, qui promittunt, sed etiam qui stipulantur, rei stipulandi. *Inst. de duo. reis stip. et pro.*

Quarum totidem genera sunt, quot pene dixerim rerum contrahendarum.) Ratio est, cur conventionalem stipulationum nullam

hoc loco exempli caussa ponat, cum ad superiora genera demonstranda exemplis cujusque generis sit usus; nempe quia non est necesse. Superiora genera desiderabant exempla, quia ut in stipulationibus numero paucis, nec usque adeo usitatis aut cognitis, earum exempla aut non statim omnibus occurrant, aut certe in his similitudo facile fallat incautus. Conventionalium autem stipulationum, inceptum sit etiam exemplum proferre, quod nemo quantumvis imperitus requirat: quippe earum totidem genera sunt, quot pene dixerim rerum contrahendarum, idest, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possint. Porro nemo est tam imperitus, qui si non teneat omnes modos, quibus contrahitur obligatio, at certe non teneat aliquos, eos saltem, qui in hac vita communi etiam rusticis et mulierculis noti sunt: hos adhibeat quisque, si velit, et hinc sumat exemplum sibi; quodcunque genus id erit
18 obligationis contrahendæ, non erraverit. † Sed cur addidit Pomponius *pene dixerim*, cum sine exceptione probatum sit, quodcunque dari aut fieri ex quavis caussa potest, id et in stipulatum deduci posse, et quodcunque deductum erit, id præcipue ex stipulatione tanquam firmissimo omnium vinculo adstrictum deberi? *Inst. eo. in prin. et de inut. stip. in prin. L. si stipulor*, 35. *infr.* An quod hæc definitio interdum in emptione locum non habet, utpote quæ de libero homine, et similibus rebus commercio hominum exemptis contrahi potest. *L. liberi, L. 4. et seqq. supr. de cont. empt.* de quibus tamen constat stipulationem contrahi non posse? *d. L. si stipulor, L. inter, §. sacram, infr.* Imo et ad emptionem istarum rerum hæc definitio pertinet, omninoque ita reperietur, quibus de rebus in hoc genere emptionis obligatio contrahi potest, de his ipsis et stipulationem contrahi posse, et contractum non minus valere. Non contrahitur de his stipulatio, ut hæ res debeantur; ne emptio quidem ita potest de his contrahi, ut debeantur res ipsæ, non magis, quam ex stipulatione. *§. ult. Inst. de empt. et vend.* Sed valet emptio in hoc, ut teneatur venditor ignoranti emptori in id quod ejus interest, *d. §. ult.* Et hoc ipsum si in stipulationem deducantur, quis dubitet stipulationem valere? non enim jam liber homo promittur, sed pecunia, res privati Juris, quam constat in stipulatum deduci posse. At enim si quis liberum hominem stipulanti promiserit, sic stipulatio inutilis est, ut nec debeatur ejus hominis æstimatio, aut id quod stipulatio interest, ut docui ad *L. si stipulor, infr*, cum ex emptione liberi hominis saltem obligatio in id quod interest, contrahatur. Non fit hoc ideo quia stipulatio de eadem re contrahi non possit, sed quia non sit contracta itidem, ut est emptio. Nam in stipulatione stipulamur rem dari, non rei æstimationem: eo fit, ut nec res debeatur, quæ promitti non potuit: nec æstimatio, quæ præstari quidem potest, sed non est promissa: in emptione autem non id agitur ut homo bonis detur, sed ut tradatur. *L. ex empto, supra de act. empt.* In faciendi obligatione continetur id, quod interest *L. si pœnam, infra.* Denique videndum est, quo spectet, quamque vim habeat ea ratio, quam Pomponius subiicit: nam conventionales stipulationes, inquit, et *ob ipsam verborum obligationem fiunt* (idest in hoc, ut ex his verborum obligatio nascatur) *et pendet ex negotio contracto*, nimirum hoc efficit sine exceptione quibus de rebus obligatio contrahi potest, iisdem de rebus et stipulationes conventionales confici posse. Nam si hæ fiunt, ut ex his obligatio constituatur, absurdum est ex aliis caussis obligationem nasci; ex stipulatione autem, quæ potissimum ad obligationem adstringendam inventa est, de iisdem rebus eam non existere. Deinde si pendent ex negotio alia ex caussa contracto, non debent alterius juris esse, quam id negotium est, ex quo pendent: præsertim cum ejus firmandi caussa adhibeantur. Cur ergo addidit, *pene dixerim?* Non otiose: non enim dixit totidem esse posse genera stipulationum conventionalium quot sunt rerum contrahendarum, quod si diceret, hic fateremur fortasse non recte addi, pene, ut quidquam exeipiatur: cum sine exceptione totidem esse possint stipulationes conventionales; sed dixit tot esse genera: quod si absolute dicitur, falsum est. Non enim quandocunque de re aliqua negotium contrahi potest, atque adeo contrahitur, continuo et de eo stipulatio interponitur; interdum adhibetur quidem stipulatio, sed inutiliter, et emptioni venditioni, locationi conductioni, et nihilominus emptio venditio, locatio conductio utiliter contrahitur. *L. si stipulator, §. ult. infr.* In quibus vere dicitur non tot esse conventionalium stipulationum genera, quot sunt rerum contrahendarum; non quia non potuerint tot stipulationes contrahi, sed quia non sint contractæ: hac de caussa ei, qui de eo non quod esse posset; sed quod esset affirmaret, *pene*, addendum fuit. Nisi quis malit et hoc ipsum de jure accipiendum esse et in universum vere dici tot esse jure genera stipulationum conventionalium, si quis his

uti velit, quot sunt genera rerum contrahendarum; sed additam esse, *pene*, ut fit modestiæ caussa ab eo, qui quamvis existimaret perpetuum esse, quod diceret; tamen in eo vereretur affirmandi temeritatem; periculose enim definitur, quidquid de rebus tam multis, tamque variis in universum sine ulla exceptione definitur. *L. omnis*, *infr. de reg. jur.* quod magis est; nam et hac ratione dictum videtur illud, quod Cajus definit in *L. fere*, *infr. de reg. jur.* fere quibus quidque modis contrahitur, iisdem in contrarium actis dissolvitur, cum præcise verum videatur, unumquodque eodem modo solvi, quo colligatum est. *L. nihil tam naturale*, *infr. de reg. jur.*

19 *Communes sunt stipulationes*, *veluti*.) † Exemplis docet communes stipulationes esse, non eas quæ eodem tempore judiciales sint, et prætoriæ; quod fieri non potest, cum distinctæ sint partes Magistratus et Judicis, ut diximus: sed quæ rebus ita exigentibus interdum interponantur jubente Prætore, aut Ædile; interdum jubente judice. Hujus generis tres exempli caussa commemorantur, neque vero plures occurrunt. Rem pupilli salvam fore. Rem ratam dominum habiturum, et stipulatio duplæ: duæ priores in §. *ult. Inst. de divis. stip.* prima et tertia hoc loco. De quibus video parum liquere: mihi quidem res ejusmodi esse videtur, quæ præcipuam animadversionem desideret. Priores quidem illas, Rem salvam fore. Rem ratam haberi, ut plurimum esse prætorias, idest, jussu et officio Prætoris injungi, omnes consentiunt; quod et testatum est in *L. 1. §. 1. infr. de præt. stip.* nec vero obscura est ratio, cur id dicatur. At ubi, et quomodo accidat, ut interponantur jussu Judicis, quod suprascriptis in locis scriptum est, hoc vero non facile quivis expediat. †

20 Nam quod Theophilus hic attulit in *tit. de divis. stip.* ut eas stipulationes judiciales esse probaret, tale esse reperietur, ut magis probet esse prætorias, in quo Theophili boni alioqui et sani interpretis auctoritas multos in errorem induxit, qui dum ei fidem habent, nec satis ejus exemplum ad regulam, et rationem juris expediunt, eo factum est, ut tanquam re explorata satis haberet lectorem ad eum remittere; nec vero eum ab illius exemplo discesseris, facile est constituere, ubi eas stipulationes officio Judicis tribuas. De duplæ autem stipulatione, de qua ille nihil scribit, quia apud Justinianum ejus mentio facta non erat, multa occurrunt, quæ judicialem esse, idest, jubente Judice de ea re cognoscente interponi ostendant; quæ ædiliciam esse, idest, ab ædilis jussu et officio venire probent, aut nulla, aut perquam obscura; quinimo in contrariam sententiam alia omnia, siquidem ea, quæ diserte de hoc genere scripta sunt, spectare volumus. Atqui quod mirum est, de ea omnes ita scribunt, ut contenti idem referre, quod hic traditur, eam nimirum aut a Judice venire aut ab ædilis edicto, solum hoc inter pretandum suscipiant, quid sit hic ab edicto. Sed et in hac, et in prioribus duabus longe aliud exigere difficultatem rel res ipsa comprobabit. Et ut quo ordine istæ stipulationes supra propositæ sunt, eodem dicamus de singulis, † quo jure prima illa, Rem pupilli 21
salvam fore, Judicialis fieri possit, consideremus. Prætoriam ut plurimum esse constat. Qua ratione talis est, hac ipsa effici videtur nunquam eam a Judicis officio proficisci posse; cur enim prætoria est? quia hoc munus injungitur Prætoribus jure publico, ut dent operam, quo et tutores et curatores rem pupillo, vel adolescenti salvam fore caveant fidejussoribus datis, idest, uno verbo, satisdent, ne per eos negotia pupilli adolescentis consumantur. *Inst. de satisd. tuto. in pr.* Ex quo et Prætor de eo adiri solet, ut tutorem eo nomine cavere jubeat: quod si jubet, perspicuum est eum pro officio et munere sibi injuncto jubere, idest, Prætoris. Unde dum id satisdat tutor, dicitur secundum præceptum Prætor, seu Præsidis, et secundum juris formam satisdare, in *L. 2. C. de tut. qui non satis.* Ne quis autem existimet, dum id facit Prætor, ipsum in eo fungi officio Judicis non Prætoris: consideret id postulari a Prætore, et juberi sine ullo judicio, sine ulla caussæ cognitione, postulantibus nimirum omnibus qui adversus tutorem eo nomine nullam actionem habent; consideret, si tutor jussus non caveat, non condemnari tutorem in id, quod interest pupilli (nihil enim adhuc ejus interest) sed cogi tutorem a Prætore extra ordinem, ut alias solet cogi, tutelam gerere: *L. 1. in princ. supr. de administr. tuto.* extra ordinem, idest, remediis Prætoriis usitatis ad cogendum, puta multa indicta, aut pignoribus captis. *L. 1. §. ex hoc rescripto, supr. de inspiciendo vent.* quorum nihil est Judicis, est enim hæc omnis cogendi potestas jurisdictionis, atque adeo imperii magis, quam jurisdictionis. *L. jubere, supr. de jurisdict.* Jurisdictio autem et imperium solius est Magistratus, aut ejus cui mandata est jurisdictio non Judicis, quatenus Judex est. Quomodo igitur hæc eadem stipulatio potest aliquando venire ab officio Judicis? Si mu-

one jubendi cavere hic stipulatione, iniungitur Prætoribus et Magistratibus, non Judicibus; si de eo nulla competit actio, de qua Judex, aut Judicium constituatur; sed res a Magistratu postulatur, ut eam pro imperio præstari jubeat; si extorquendæ cautionis ratio omnis est Prætoris, non Judicis: conlicitur hanc cautionem neque per Judicem, neque Judicio peti, aut iniungi posse. Jam vero quid sibi vult, quod Pomponius hoc loco scribit, sic Judicem posse interdum jubere cavere hac stipulatione, si aliter expediri hæc res non possit? vel hæc ipsa conditio facit, ne possit unquam per Judicem hæc res transigi. Semper enim hæc res, idest, cautio aliter expediri potest: nempe per Magistratum, quia semper est Magistratus, et Prætor, a quo potius hæc satisdatio postuletur, ad cujus etiam curam illa pertinet. Hæc cum non fugerent Theophilum, is recte vidit, si quis ultro et recta hanc satisdationem petat, eam ab alio postulari non posse, quam a Prætore, aut Præside, quibus hoc muneris datum est, ut eam a tutoribus exigant. Sed si ipse tutor, qui non satisdedit, ultro quid petat pupilli nomine, et hac exceptione, quod non satisdederit, occurratur ei apud quem Judicem, apud quem actione a tutore instituta agatur, ibi Judicialem hanc stipulationem fieri posse ait, si is apud quem agitur, eam exigat a tutore, aut alioqui agentem non audiat. Et recte Theophilus, quod in hac specie aliquando hanc stipulationem Judicialem
22 esse posse judicat. † Illud non recte, quod judicat id fieri posse ante litem contestatam. Sic enim scribit, *si contingat, ut ante satisdationem tutor debitorem pupilli conveniat, atque is neque respondere velit, neque Judicium suscipere, quod tutorem dicat nondum satisdedisse: quoniam aliter Judicium producere non potest, iubet tutori Judex ad quem in Jus aditum est, ut debitori pupilli satisdet rem pupilli salvam fore, et ita invenietur hæc stipulatio communis jurisdictioni Prætoris et Judicis:* hæc ille. † Imo vero et hoc
23 casu prætoria ista stipulatio est, non Judicialis; ex officio Prætoris proficiscens, non Judicis. Loquitur enim ille de eo qui in Jus vocatus sit, et necdum litem contestatus, qui neque respondere velit, inquit, neque Judicium suscipere; quo tempore ut nullum adhuc Judicium est; sic nec ullus Judex, cum, ut supra diximus, Judicium constituatur litis contestatione. Quis igitur tunc jubet hanc stipulationem interponi? Prætor, seu Magistratus, qui de ea re in Jus aditus fuit. Sciendum est enim, quisquis in Jus vocatur, eam recta non ad privatum aliquem Judicem vocari, sed ad Magistratum eum, qui Jurisdictioni præest, qui vel ipse judicare possit, vel Judicem dare. Id declarat verbum Juris, quo in hac re utimur. Est enim vocare in Jus, ad eum qui Jus dicturus sit Juris experiundi caussa vocare. §. *ult. Inst. de pœn. te. lit. L. 1. supr. de in Jus voc.* Jus dicere est, Prætoris et Magistratus, non aujussis Judicis. *L. 3. supr. de Jurisd.* Apud hunc igitur litem intendit tutor, qui non satisdedit, et actionem pupilli nomine sibi dari postulat, quam adversarius Jure recusat, si tutor non satisdederit, rem pupilli salvam fore; hoc cavere tutorem in hac contentione quis jubebit? nempe Prætor, seu Magistratus, ad quem de ea re in Jus itum est; quo Jure, utrum Prætoris officio fungens, an Judicis? Prætoris sine dubio non Judicis: non quod Prætor sit tantum; sed quod nihil hic, nisi pro Jure et potestate Magistratus possit statuere in hac stipulatione jubenda; cujus rei certissima argumenta sunt duo: primum, quod lite non contestata, eoque judicio nondum cœpto ipse Judicis officio fungi non potest in ea re, in qua ut nullum Judicium est, sic nullus Judex potest intelligi. Deinde quia si tutor id cavere jussus non pareat, nullæ aliæ sint jubentis partes, quam ut ei actionem deneget: hoc autem denegare actionem proprium Magistratus, itidem ut dare. *L. sed etsi per Prætorem, §. sed etsi Magistratus, infr. ex quibus caussis majo.* Quod si ideo putamus a Judicis officio proficisci, non Prætoris, quam Judicii caussa Prætor aditus erat, longe erramus; non enim continuo Judex est, ad quem quis vocatus est Judicii caussa; sed tunc demum, cum lite contestata ipse cognitionem et judicium de re controversa suscepit. Denique quidquid Magistratus ante litem contestatam inter litigatores in translatione Judicii, seu in exceptione recusandi judicii, caussa instituta constituit, ac fieri jubet, id totum in Jure et pro officio Magistratus constituit, neque pro Judice adhuc, neque Judicio de lite constituto. Ac si quam satisdationem eo tempore exigat, ut judicem procedere possit, eam vere esse, et dici prætoriam certissimo argumento est satisdatio. Rem ratam dominum habiturum. Ut enim a tutore pupilli nomine agente exigitur, ut ante omnia satisdat rem pupilli salvam fore, ac nisi id fit, reus judicium suscipere non cogitur: sic exigitur et a procuratore, ut satisdet rem ratam dominum habiturum, ac nisi satisdet, frustra agit, idest, actio ei denegatur. *L. sciendum,* §.

ult. L. invitus, §. *pœna*, *supr. de proc.* Ab hoc igitur non minus hæc satisdatio, exigitur, ut judicium procedat, quam illa superior a tutore. Et tamen omnes concedunt stipulationem de rato esse prætoriam, non judicialem; nam diserte in eo numero habetur in *L.* 1. §. 1. *infr. de præt. stip.* et quando tandem esse potest prætoria, nisi tunc, cum initio litis a præture exigitur, quo tempore solum de hac satisdatione agi potest? *L. Pomponius.* §. *ult. supr. de proc.* Non est igitur dubium, quin dum stipulationem, Rem pupilli salvam fore. nobis judicialem tradere vult Theophilus, ille pro judiciali attulerit prætoriam. Quando igitur hæc erit judicialis? Si fingamus tutorem, qui non satisdedit, egisse adversus debitorem pupilli, et omissa quæstione satisdationis rerum litem esse contestatam, atque ita judicium de ea re, et judicem constitutum esse; deinde inter moras judicii, cum cognovisse reus nondum satisdedisse tutorem, tandem confugisse ad hanc exceptionem, qua agentem removeret, quod diceret eum non satisdedisse. Si in hac defensione audiatur reus, et ob id judex jubeat tutorem satisdare, rem pupilli salvam fore, habes satisdationem judicialem, quæ sine ulla dubitatione a mero judicis officio proficiscatur. Nam et qui jubet, judex est, qui lite contestata de re cognoscit; et ut sciri possit hanc illum satisdationem exigere pro officio Judicis, incidit hæc quæstio de satisdatione in judicium, ac si satisdatio necessaria est, non potest sine judicium procedere; pertinet autem ad officium Judicis omnem incidentem quæstionem, quæ in judicium deducitur, examinare, ut est in *L.* 1. *C. de ord. jud.* et ipsa cogendi ratio est Judici: nisi enim tutor jussu satisdet, reus sentia Judicis absolvitur: pronunciatur enim nullum amplius judicium esse de ea re, nullum Judicem, neque progrediur ejus potestas longius; atqui hæc potestas, atque hoc officium, solum Judicis; ab ejus officio igitur ipsa satisdatio proficiscitur. Sed an hæc idonea removendi tutoris causa est, si dicatur non satisdedisse? maxime: nam hac satidatione non interposita tutoris officio fungi prohibetur. *L.* 3. *L. ult. C. de tut. qui non satisd.*

24 † Etiamne quæstione satisdationis initio litis omissa, postea hæc exceptio judicio cœpto objici potest? Adeo et ante, et post litem contestatam judicio adhuc manente potest objici, ubi constet tutorem non satisdedisse, ut quamvis omnino opposita non sit ante rem judicatam, et reus condemnatus sit, tamen placeat sententiam tanquam inutilem reo non nocere, ut re ab eo gesta, qui agendi et administrandi potestatem nullam habuit. *d. L.* 3. *C. de tut. qui non sat.* In quo ne quis nobis obiiciat satisdationem ratibabitionis, quæ dicitur, si ante litem contestatam omissa sit, postea opponi non posse: *d. L. Pomponius.* §. *ult. supr. de proc.* etiam in ea idem juris est, ubi constabit procuratorem qui judicio expertus est, mandatum a domine non habere. *L. licet, C. de proc.* Ne dubitemus igitur, si judicio cœpto cum tutore adversus debiturem pupilli agente, reus illi objiciat ipsum non satisdedisse, et probet, quin ut ad Judicis officium pertinet admittere exceptiunem, et jubere, ut tutor caveat, ita illo cavente sit hæc cautio et stipulatio Judicialis, ut quæ a jussu et officio solius Judicis veniat. Nec ad rem pertinet, quod hanc satisdatiunem Prætorum curæ committi diximus. Quæ enim, si de his principaliter agatur, proprie ad jurisdictionem alicujus pertinent, ea si in judicium per consequentiam incidant, ad judicis cognitionem et officium pertinere incipiunt *d. L.* 1. *C. de ord. jud.*

25 † Et quod dicitur hoc loco a Pomponio interdum jubere Judicem caveri, rem pupilli salvam fore, *si aliter expediri hæc res non potest;* his verbis, *hæc res*, perspicuum est cautionem non esse intelligendam, sed judicium, seu rem, de qua agitur. Cautio enim semper per Prætorem expediri potest, cum ab eo postulabitur: ut si in ea interponenda nunquam aliter officio Judicis locus sit, quam si cautio per Prætorem, seu magistratum non possit expediri, nunquam in ea Judici locus sit futurus; quod est contra manifestam Pomponii sententiam. At judicium non semper expediri potest, nisi Judicis jussu hæc cautio interponatur. Id cum accidit, ejus officio cautio permittenda est: quia ut judicium procedat, id facere est necesse. Et fortasse pro, hæc res, legendum est, huic res, hoc modo: *si aliter huic res expediri non potest;* hoc quidem et vis verborum et sententiæ ratio exigere videntur. Huic enim indicat Judici, cujus proxime mentio facta est. Res intelligitur ea, de qua apud Judicem agitur, et in qua exigitur cautio a tutore. Nec dubium est, quin in utroque verbo conveniat sententia; vere enim dicitur res judici aliter expediri non posse, ubi hac stipulatione non interposita ipse in judicio longius progredi non potest. Quod si *hæc res*, legitur, neque id demonstrativum ad cautionem, Rem pupilli salvam fore, aut ad rem pupilli referri potest repugnante sententia, cum et sine Judice pupillo recte caveri possit; neque potest eam rem indicare, de qua Judicio agitur, refra-

gante verbi significatione, cum hæc res prius appellata non sit, demonstrativum autem, *hæc*, ad ea tantum, quæ proxime præcesserunt, referatur. Quam fuerit autem proclive pro *huic* adscribere, *hæc*, et affinitas literarum, et demonstrativi convenientia cum no-
26 mine rei quod sequitur, facile ostendunt. † Quid, an eadem dicemus de stipulatione, rem ratam haberi, quæ a procuratore alieno nomine actionem postulante exigitur; Judicialem nimirum non esse hanc, si ante litem contestatam exigatur, ut Theophilus putavit: sin postea, esse Judicialem, ut illam superiorem Rem pupilli salvam fore? Ego vero de ea longe aliter, quam Theophilus, ac vulgus opinetur, judico: hanc videlicet procuratore agente nullo modo unquam a jussu Judicis proficisci posse: denique solum esse possa prætoriam. Neque vero eo Jure cognito, quod de hac stipulatione, seu satisdatione constitutum est, difficile est id intelligere. Aut enim ante litem contestatam exigetur, aut postea. Si ante, Prætoriam esse supra effectum est; nam a quo tunc injungeretur, nisi a Magistratu, apud quem agitur: et quæ cogendi ratio est, nisi ut prætor actionem non det? tum autem quando esset Prætoria, si hoc casu non est? Quod si ab initio omissa postea Judicio cœpto exigitur, posset esse Judicialis si jussu Judicis interponeretur. Nunc autem post litem contestatam frustra exigitur, estque contra officium Judicis eam injungere. Verba de ea Ulpiani sunt in *L. Pomponius. §. ult. supr. de proc.* Ratihabitionis autem satisdatio ante litis contestationem a procuratore exigitur: cæterum semel lite contestata non compelletur ad cautionem. Et hoc verum est citra controversiam, si adhuc tantum dubitetur de domini mandato; et quid, si certum postea esse cœperit, cum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse? Juste quidem id illi objiciat reus et post litem contestatam, quia hoc casu etiam nullum judicium est. *L. licet, C. de proc.* Sed non ideo Judex hanc satisdationem ab illo exiget: quantumvis enim is, quem constat non esse procuratorem, satisdationem offerat: tamen alieno nomine adversus reum invitum agere non potest. *L. 1. C. de proc.* adversus volentem potest, qui ultro satisdationem admiserit: sed hoc modo conventionalis erit satisdatio, non Judicialis, ut quæ ex sola conventione reorum inter volentes non ex jussu Judicis inter invitos concipiatur. Non est tutor, qui non satisdedit, similis falso procuratori; nam tutor, qui jure tutor datus est, satisdatione quandoque interposita administrationem rerum continuo recipit: quia et ante vere tutor erat, et si ante prohibebatur ab administratione: falsus autem procurator non facit ulla satisdatione oblata, atque adeo præstita, ut sit procurator, qui antea non fuerat. Ideo ille oblata satisdatione recte agit, et in judicio cœpto recte perseverat tanquam tutor: hic quia non est procurator, sive satisdet, sive non satisdet, frustra alterius nomine, qui non mandavit, experitur. Quare si hæc satisdatio ante litem contestatam interposita a jussu Prætoris proficiscitur, non Judicis: post litem autem contestatam nulla est, quæ quidem officio Judicis injungatur: consequens est eam nullo unquam tempore adversus procuratorem ab officio, seu jussu Judicis proficisci posse. Atqui apud Justinianum scriptum est etiam satisdationem de rato communem esse, et ut superiorem illam, sic hac interdum ex jussu Prætoris, nonnunquam ex jussu Judicis concipi, idest, interdum esse et Judicialem, quod nunc quæritur. Et hoc verum est: sed sciamus nunquam talem esse posse adversus procuratorem alieno nomine agentem, a quo hæc satisdatio exigatur: id quod mihi antea satis demonstratum videtur. Quando igitur, aut quis huic stipulationi, ut Judiciali relinquitur locus? Tunc, cum tutor egit pupilli nomine et Judicio cœpto dubitari cœpit, an tutor sit vel an duret, tutor, vel an gestus illi commissus sit. Constat enim etsi alias tutor non caveat, rem ratam pupillum habiturum; tamen his casibus hanc satisdationem ab eo exigi, ne adversarius decipiatur. *L. vulgo, supr. de adm. tut.* Quod si ante litem contestatam hæc satisdatio a tutore exigi potest ex supra scriptis caussis, poterit et post litis contestationem ex iisdem caussis exigi, ubi de potestate tutoris reus postea dubitare cœperit; neque enim ei imputari debet, quod eam non exegerit initio ab eo quem tutorem putabat, et qui si vere tutor esset, nihil ejusmodi cavere debuit. Ac si ante litem contestatam satisdatio hæc injungetur, erit prætoria, ut supra docuimus: si post litem contestatam, quia rem hanc officio et jussu Judicis, qui de re rognoscit, transigi necesse est, erit hoc casu citra dubitationem Judicialis.

† Jam de stipulatione duplæ videamus. 27
Duplam a venditore de re vendita promitti constat, non tantum de rebus soli, sed etiam de mobilibus: quæ pretiosiores sint, itemque de mancipiis. *L. emptori, supr. de evict.* constat et illud, promitti eam ob evictionem, idest, ea conditione si res vendita evincatur. *L. si tibi liberam, L. penult. C. de evict.* Hanc stipulationem duplæ si intelligimus,

hic subsistamos, necesse est: hæc enim Judicialis est sine dubio: ædilicia nunquam, sive ædiliciam interpretemur, quæ proposita sit edicto Ædilium, sive eam quæ concipiatur ex Ædilis jussu. A Judice eam proficisci posse nun dubitabit, qui intelliget eam peti actione ex empto. *L. quod si nolit, §. quia assidua, supr. de æd. ed.* cujus est enim in eo judicio jubere, ut is venditor, cum quo agitur, duplam promittat, nisi Judicis? et quo minus dubitetur hunc jussum esse Judicis, quatenus officio Judicis fungitur sciendum est, si venditor ad extremum non caveat, hunc Judicii exitum esse, et hanc cogendi rationem, ut dupli condemnetur reos. *L. 2. supr. de evict.* quam condemnationem propriam esse Judicis supra diximus. Judicialis est igitur, quæ per Judicem petitur, et injungitur per Judicem, et in qua injungenda eo remedio Judex utitur, quod proprium est solius Judicis. Sed fortasse et ædilicia esse poterit. Excutiamus diligenter quæ dicantur ædiliciæ, et ad eam definitionem hanc stipulationem revocemus, reperiemus ædiliciam esse non posse. Aut enim ædilicia erit, seu, ut loquitur hoc loco Pomponius, dicetur venire ab Ædilis edicto, quia edicto Ædilium de ea cautum est, aut quia proficiscitur ab Ædilis edicto, idest, imperio et jussu. Nihil de ea edicto suo præcipiunt Ædiles: eo enim edicto de morbis vitiisve rei venditæ illi cavent et si quid est earum caussarum, quibus fit, ut vel usus rei emptori impediatur, vel ejus rei nomine aliquid præstare debeat: quidquid idest, certe de evictione rei venditæ non cavent, eoque nec de duplæ stipulatione ob evictionem. ut edictum declarat, quod extat in *L. 1. sup. de æd. ed.* Inde distincti tituli in Digestis, de ædilicio edicto, et de evictionibus. Quod si verum est, satis argumenti est ne a jussu quidem Ædilis eam proficisci posse. Intelligendum est enim non de omnibus rebus jurisdictionem fuisse Ædilium, sed de quibusdam tantum caussis, ut est, in *§. Prætorum, Inst. de jur. nat.* nempe de iis, de quibus edictum est ab illis propositum quod si eo edicto nihil, neque de evictione, neque de duplæ stipulatione ob evictionem cautum est, ut ostendimus, conficitur, nec de duplæ stipulatione ob evictionem interponenda apud Ædiles agi potuisse. Quis autem non intelligit eam jussu Ædilis interponi non posse, quæ ab Ædile non petitur, et si peteretur, de qua invito adversario Ædilis jurisdictio non fuit? Quanquam etsi concederemus de ea cautum esse edicto Ædilium, eoque et de ea apud Ædilem agi posse; non tamen video, quomodo dici possit ab ejus officio et jussu proficisci. Si quo alio modo peti posset, quam actione ex empto, per Judicem videlicet, aut alia ejus extorquenda ratio esset, quam condemnatio Judicis in duplum, dubitare possemus, an esset ædilicia: nunc eum aliter obtineri non possit, si recusetur, quam judicio, et per Judicem partibus Judicis fungentem, quomodo ab officio Ædilis proficisci videri? Petetur ab Ædilibus, inquies: jubebunt illi venditorem duplam promittere. Quid tum, si venditor recusabit? quomodo illum cogent? Si actionem dabunt ad redhibendum, agnosco Magistratum potestate, et officio Magistratus fungentem: quippe qui ita jubeat duplam promitti, ut remediis ad cogendum Magistratus propriis utatur. Dat enim alterius rei nomine actionem: hæc autem pœna est ad cogendum constituta, remedium unum ex multis ad cogendum proprium Magistratus: hoc, inquam, si Ædiles faciant, agnosco ædiliciam stipulationem, idest, eam quæ a mero Ædilis officio proficiscatur. At hoc illi non faciunt, sed necesse habent, si dupla non promittatur, prius de ea judicium constituere, quo quæratur, an ea præstari debeat, ut si eam consequatur emptor postea, tamen non nisi sententia Judicis eam consequatur. Quare etsi proponeres ante litem contestatam stipulationem duplæ jubente Ædile interponi ab eo, qui ad Ædilem in jus vocatus esset, et judicium metuit: non ideo tamen stipulatio dicenda esset ab officio et jussu Ædilis proficisci: non enim jussus et imperium Magistratus habendum est, quod is qui jussus est, impone contemnere potuit, nisi prius de ea ipsa re quæ petitur, judicio actum fuerit, et reus eo judicio condemnatus: quemadmodum solutionem, quæ actione aliqua petitur, nemo prætoriam dixerit, quamvis reus ante litis contestationem solverit in jure apud Prætorem judicii metu: quoniam etsi id recusaret, tamen nihil aliter Prætor de eo posset in eum statuere, quam judicio, sive id exerceret ipse, sive judicem daret, per quem id exerceretur. Sed illud teneo, quod supra dixi, nihil de duplæ stipulatione ob evictionem edicto Ædilium cautum esse, et quia cautum non sit, ne ea quidem esse jurisdictionem Ædilium: absurdum porro est ut quidquam de ea pro jurisdictione et officio jubere dicatur Ædilis, cujus de ea re non sit jurisdictio. Quid ergo, duplæ stipulatio non est communis, contra quam hic dicitur, et falsum est eam aut a Judice venire, aut ab Ædilis edicto? Imo nihil verius: sed superius illud nos admonet non de omni duplæ

stipulatione id dictum esse, sed infinite de de duplæ stipulatione; vel verius de ea duplæ stipulatione, quæ possit esse ædilicia: nam quæ talis est, significatur hoc loco eam esse communem, id est, non ædiliciam tantum, sed etiam talem, quæ possit a Judice venire. Quænam igitur hæc esse potest, cum
28 a priore discesseris? † Id ut intelligatur, sciendum est duplicem esse stipulationem duplæ, seu duabus de caussis duplam promitti. Una est ob evictionem, vulgaris illa et usitata, de qua agitur in titulo de evictionibus: hæc cum petatur ordinaria actione, et per Judicem, præsertim autem cum de ea apud Ædiles non agatur, sine dubio non est ædilicia. Altera est ob eas caussas, de quibus edicto Ædilium jubetur caveri: puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, servum fugitivum non esse, erronem non esse, et similes: cujus generis mentio fit in *L. quia dicitur*, *supra de eviction.* Esse autem hanc ex edicto ædilium sic non difficile colligitur. Etenim ut in supra scriptis caussis rem non esse promittatur, edicto ædilium præcipi constat. *L. itaque. supr. de ædil. ed.* De his cum caveri jubent ædiles, nempe cautionis verbo, cautionem et promissionem in emptione usitatam accipere convenit. Porro ea est, ut vel promittatur id quod interest, quod in nuda earum rerum conceptione contineri intelligitur. *L. si ita quis.* 31. *supr. de evict.* vel promittatur dupla ejus, quanto minoris res est ob id, quod aliquo morbo vitiove ex his, quæ edicto comprehensa sunt, laboret. Talem esse duplæ stipulationem, qualem diximus, idest, in emptione usitatum, atque adeo assiduam, ab Ulpiano scriptum legimus in *L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *sup. de æd. ed.* et quidem in interpretatione ædilicii edicti: ex quo conjectura capi potest cum et de ea duplæ stipulatione agere, quæ petatur ex iis caussis, de quibus ut caveatur, præcipitur eo edicto, ut sit interpretatio edicto, ut sit interpretatio edicto conveniens. Hæc vero est communis, et, ut hic dicitur, ea quæ a Iudice veniat, aut ædiles edicto. Id autem contingit hoc modo. Nam, qui de his rebus duplam sibi promitti postulat ab adversario is adversario recusante in potestate habet aut præcise duplam ab eo petere, aut agere in hoc, ut res vendita redhibeatur. Prius consequitur actione ex ex empto, quæ cum in hac quoque partem, ut ex his caussis dupla promittatur, competit: *L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *supra de ædil. ed.* tum vero ejus actionis idem exitus futurus est, quem supra indicavimus, ut si venditor ante sententiam non cavet, in duplum condemnetur. *d. L. 2. supra. de evict.* Alterum consequitur edicto ædilium, quo actio ad redhibendum proposita est emptori, sive venditor de morbo, vitiove, et cæteris quæ ibi comprehensa sunt, non prædixerit: sive rem in his caussis non esse non promiserit, et quod ad consuetam ejus rei cautionem opus est, non caverit. *L.* 1. juncta *L. itaque*, *supra de æd. ed.* Prius si petitur actione ex empto: quoniam hic eadem petitio est, idem judicii exitus, qui tunc, cum duplæ stipulatio ob evictionem petitur: cum præterea non magis hæc actio in duplum ex his caussis constituta sit edicto ædilium, quam in specie superiore: par est, quod de priore illa diximus, etiam in ejus duplæ stipulatione, cujus petitio ex his caussis in duplum competit, eadem omnia existimari: judicialem nimirum hanc esse, uti superiorem, ædiliciam nunquam. Etenim si post litem contestam interponitur, interponetur semper jussu et officio Judicis de ea re cognoscentis: si ante litem contestatam, sit potius voluntaria, quam ex ædilis jussu: sive quod hac actione apud ædiles non agatur; sive quod etsi agatur, et is jubeat eam interponi, inutilis sit jussus: ut cui impune non pareatur, nisi de ea ipsa re sententia Judicis præcesserit. Posterius si petitur, hic demum duplæ stipulatio est ædilicia, neque vero potest esse judicialis. Nam post litem quidem contestatam, ex officio Judicis interponi non potest: cum hujus officium sit condemnare reum in id, quod petitum est, non in aliud. *L. ult. C. de fid. liber. L. ut fundus, supr. com. divid.* petita est autem redhibitio ob id quod non cavebatur, eaque in Judicium deducta est, non etiam dupla, aut duplæ stipulatio. Ante vero si interponitur, quoniam Judicio nondum constituto non potuit a Judice injungi, constat Judicialem esse non posse; quin autem sit ab ædilis jussu et imperio, idest uno verbo, ædilicia dubitari non debet. Apud ædilem de ea re olim agebatur. Is jubebat stipulationem interponi. At ne quis jussum inanem fuisse existimet, et qui sine judicio et condemnatione præcedente suam vim non teneret, erat in potestatæ ædilis jussum exsequi, actione ad redhibendum emptori data, si venditor de dupla non repromitteret: in qua actione danda licet agnoscere ædilis, quatenus ædilis est, idest, Magistratus, et jus dicentis potestatem. Non dubium igitur, quin si hujus pœnæ metu hæc stipulatio jubente ædile ante Judicium acceptum interposita sit, vere dicatur ædilicia, ut quæ sit ab ædilis solius jussu, et efficaci jussu

profecta. Effectum est igitur tres istas stipulationes, de quibus proposuimus esse communes, Rem pupilli salvam fore, Rem ratam haberi, et duplæ stipulationem: idest, esse interdum prætorias, interdum Judiciales: et præterea quando a Prætoris jussu, quando a Judicis venirent, id de quo justissimas dubitandi caussas esse ostendimus, demonstratum est.
29 † Ex hac re incidit alia dubitatio, quam recte videlicet hæ communes appellentur hoc loco, quæ alibi dicuntur Prætoriæ. Sic enim in hac divisione communes distinguuntur a Prætoriis, ut Prætoriæ quæ sunt, non sint communes, ne communes sint Prætoriæ. Atqui superiores istas tres Ulpianus inter Prætorias recenset in *L.* 1. §. 1. *et* §. *stipulatio, infra, de Prætoriis stipulat.* Et recte recenset, quatenus enim ab officio Prætoris proficiscuntur, pro eo tempore quo proficiscuntur, sunt prætoriæ, et quidem solum prætoriæ, non etiam Judiciales: quia fieri non possit in tam disiunctis Prætoris, et Judicis partibus, ut quæ ab officio Prætoris est, eodem tempore sit ab officio Judicis, aut contra. Neque hoc negat hoc loco Pomponius, sed confirmat potius evidentissime: quas enim communes facit, easdem esse dicit interdum Prætorias, seu ædilicias: eodem plane modo, ut Ulpianus. Cur igitur eas distinguit a Prætoriis? quia prætorias in hac divisione appellat, non quæ ita sunt prætoriæ, ut possint aliquando esse Judiciales: sed quæ duntaxat sunt Prætoriæ: ut Judiciales eas, quæ sunt tantum Judiciales; quod declarant illa verba, Judiciales sunt duntaxat, quibus verbis in Judicialium definitione est usus. Declarat etiam ipsa distinctio generum: nam cum prætoriæ in hac divisione separentur a communibus, facile intellectu est prætorias dici ab eo, quæ ita sunt prætoriæ, ut non sint communes. Illud ne monendum quidem videbatur, cum dicuntur istæ modo prætoriæ, seu ædiliciæ, modo Judiciales, ideo dici prætorias, quia proficiscantur non ab edicto publico Prætoris, sed ab officio et jussu Prætoris. Quas enim prius prætorias definivimus, nisi quæ ab officio prætoris, idest, prætoris jussu proficiscuntur? quas Judiciales, nisi quæ ab officio et jussu Judicis? Atqui communes hic dicuntur, quæ utrumque illud genus diversis temporibus præstant. Sed cur dubitemus, cum et hic, et in *Inst. titu. de divis. stipu.* scriptum sit ideo stipulationes has, Rem pupilli salvam fore, et Rem ratam haberi; communes esse, quia et ista jubeat Prætor caveri, et interdum Judex? Prætoriæ igitur et Judiciales ex eo dictæ, quia concipiuntur ex jussu modo Prætoris, modo Judicis.
† Quid, stipulationem duplæ an alia ratione ædiliciam dici arbitramur, quam quod sit ab Ædilis jussu, seu quod eam jubeat ædilis interponi? 30
Erramus, si aliter putamus: cum supra scriptum sit sic prætorias exaudiri debere, ut contineantur et ædiliciæ: idest, ædilicias definitione prætoriarum stipulationum, aut certe ratione contineri: quibus verbis significator, ut prætoria dicitur, quæ a mero prætoris officio proficiscitur; sic ædiliciam intelligi eam, quæ proficiscatur a mero officio ædilis Quid igitur opus fuit id monere, quod usque adeo sit in promptu, quæreret quispiam? Quia Pomponius hic duplæ stipulationem ait venire a Judice aut ab ædilis edicto: quo verbo edictum publicum significari quis existimet, illud ipsum quod ab ædilibus propositum est, et de quo est Titulus, *de ædilicio edicto:* nec abs re fortassis. Scimus enim duplam edicto illo ædilium promitti. *L. quia dicitur, supra, de evict.* Et certum est non minus recte dici ædiliciam stipulationem, quæ proponitur edicto ædilium, quam prætoriam actionem, quæ proponitur et constituitur edicto Prætoris. §. 1. *Instit. de obl.* Et hoc plerique defendunt: ex verbi significatione fortasse non male, sed huic loco parum convenienter. Nam neque verbis Pomponii, neque sententiæ ullo modo convenit. Verba repugnant. Primum quia ædilis edictum hic nominatur; quo verbo non significatur edictum illud publicum: hoc enim non est unius ædilis, sed ædilium, cum plures erant ædiles, a quibus fuit propositum; unde ubique edictum ædilium Curulium nominatur, et id interpretantes Jurisconsulti veteres passim de eo ita scribunt: ajunt Ædiles, præcipiunt Ædiles, loquuntur Ædiles, stipulatio est ab Ædilibus proposita, et similia. *L.* 1. *L. ædiles ajunt, in princ. et* §. 1. et passim alibi, *supr. de æd. ed. L. quia dicitur, L. si ita quis, supr. de evict.* Tum autem si edictum ædilium intelligibat Pomponius, non fuit dicendum disiunctim duplæ stipulationem venire a Judice, aut ab ædilis edicto; sed conjunctim ita scribendum, a Judice venit, et ab ædilis edicto. Nam et tunc, cum a Judice iniungitur, venit ab ædilis edicto, si edictum ædilium intelligamus: propterea quod ideo eam injungit Judex, quia edictum duplam promitti jubet, nec aliter de stipulatione, Rem ratam haberi, judicandum est, cum post litem a tutore agente contestatam ea stipulatio ibi a Judice injungitur. Sententia vero Pomponii palam refragatur, quominus edictum ædilium Curulium hic interprete-

mur, etsi dictum esset venire duplæ stipulationem ab ædilicio edicto. Satis enim constat communes stipulationes hic dici eas, quæ utramque habent, ut et prætoriæ, seu ædiliciæ sint, et quandoque Judiciales eo sensu, quo prius prætorias, ædilicias, et Judiciales Pomponius nominavit; in his autem prætorias et ædilicias dici certum est non ab edicto publico Pretoris, seu Ædilium, sed a jussu eorum, ut supra ostendimus; quare nec in communi stipulatione aliter ædiliciam de sententia Pomponii interpretari debemus, aut possumus, quam eam, quæ proficiscitur ab ædilis jussu; quod recte Duareno videtur. At enim Pomponius ait venire eam ab ædilis edicto; quasi vero novum sit, edictum Prætoris pro jussu et denunciatione Prætoris usurpari. Nota est hæc significatio in illis tribus denunciationibus Magistratuum, quibus absentes adesse jubentur, quæ appellantur usitate edicta. *L. ad peremptorium, et seqq. L. si prætor, supr. de jud. L. contumacia, supr. de re jud.* juncta *L. ea quæ, et L. tres denunciationes. C. quo. et qu. jud.* Ac de sententia divisionis diximus nimium multa fortassis, si verba numerantur: si res spectatur, etiam pauciora, quam res potuerit explicari: mihi quidem ad eam sententiam, quam ejus divisionis esse putamus, necessaria fuisse videntur. Exposita divisione, nunc ut proposueram, vim ejus atque usum paucis
31 indicabo. † Pertinet igitur, ut cœperam dicere, hæc divisio ad libertatem simul et necessitatem stipulationum interponendarum explicandam; quæstio in hoc genere tunc necessaria, cum de consensu agitur, quem requirimus in contrahenda stipulatione. Etsi enim confici dicitur verbis stipulatio, unde et verborum conceptio nominatur in definitione: tamen non valet neque perficitur, nisi ex utriusque partis consensu. *L. inter, §. 1. L. continuus, §. 1. infr. eod.* Verumque est illud Pedii relatum in *L. 1. §. supr. de pact.* nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat, conventionem, idest, placitum duorum et consensum, ut paulo ante in *eod. L.* conventio definita
32 erat. † Hic consensus efficere videbatur, ut cuique liberum esse deberet stipulationem contrahere, aut non contrahere: quia non videretur recte dici posse consensus, ubi quis promittere cogeretur. Idque in emptionibus venditionibus, donationibus, et similibus fieri videmus: quæ quia consensu et voluntate constant, ideo traditum est neque emere quenquam, neque donationem assequi, neque damnosam hereditatem adire compelli. *L. nec emere, C. de jur. delib.* Quo exemplo recipiendum videbatur, ut quoniam stipulatio consensu constat, idcirco nec quisquam cogi debeat contra, quam velit, stipulanti promittere. Sed cur his exemplis longe petitis hujus rei confirmandæ caussa utimur: cum exstet de omnibus contractibus generalis hæc sententia in *L. sicut, C. de obl. et act.* initio liberam potestatem unicuique esse habendi, vel non habendi contractus? Quare si aliud servatur in stipulatione, non abs re est, cur id hoc loco moneri oporteat. Id vero cujusmudi sit, nos docet hæc divisio; ex qua primum hoc assequimur sic stipulationes maxima ex parte esse conventionales, idest, quæ ex sola et libera conventione contrahentium concipiantur, ut sint tamen quædam necessariæ, idest, quæ ex alterius jussu, et auctoritate proficiscantur, injunganturque etiam invitis. Jam vero quia hoc posito quærendum fuit, quorum sit hoc jubere stipulationem interponi, ut his parere oporteat; tum in quibus ea potestas tribuitur, possintne passim et pro arbitrio id jubere: utrumque est in divisione et definitione generum expositum. Cum enim ex iis quas necessarias diximus, quædam dicuntur esse judiciales, quædam prætoriæ, quædam communes, et Judiciales, quæ ex solius Judicis jussu; prætoriæ, quæ ex solius jussu Prætoris; communes, quæ interdum ex hujus, interdum ex illius jussu interponuntur: fit, ut intelligamus injungendæ promissionis potestatem penes duos esse, penes Judicem, qui de re aliqua cognoscit, et penes Prætorem, quatenus Judicis officio in eo non fungitur. Quod autem dicuntur hæ non ex jussu Judicis, aut Prætoris proficisci, sed ex officio, verbo *officii* admonemur, non esse his liberum, cum velint et cujus rei velint cautionem ab invitis exigere; sed sic esse has stipulationes ex Judicis aut Prætoris jussu; ut tamen non sit jussus nisi ex officio, id est, ex eo, quod utrumque pro officio Judicis, aut Magistratus facere convenit. Et huc usque progreditur superior divisio in hac necessitate explicanda non longius. Sed post hæc omnia hoc etiam obscurum est, quæ stipulationes Judiciales sint, quæ prætoriæ: quæretur enim amplius, quæ stipulationes ad officium et potestatem Judicis pertineant, quæ ad officium Prætoris, ut liceat dicere, cum istæ injungentur, jure eas injungi, et pro officio. Id quoniam huic definitioni deest, et tamen ad eam intelligendam in primis pertinet, conabor etiam de eo certius aliquid præcipere. † Et de prætoriis 33
sic habendum est, nullas pertinere ad officium Prætoris, nisi de quibus vel edictis, vel

jure publico constitutum est nominatim, ut ab eo peti possint, et ille pro potestate atque officio possit eas imperare iis, de quibus petuntur, ne quis forte aut temere a Magistratu eas petat, aut cum præter quam quod jure conceditur petitæ erunt, eas Magistratus sibi injungere licere existimet. Proinde quænam hæ sint, ex his partibus juris, quibus de his cavetur petendum est. Quod si hæ adhuc nobis incertæ erunt, eas unaquæque caussa, de qua controversia erit, paterfaciet; hic enim consulto illo jure, quod de ea re constitutum est, continuo stipulationem ipsam, quæ eo jure proposita est, reperiemus. Quod si etiam eas semel nosse cupimus, earum bonam partem suppeditabit Ulpianus in ea divisione prætoriarum stipulationum, quæ traditur in *L.* 1. *infra, de præ. stip.* quibus si paucas adjecerimus, et numerum earum, et prope-
34 modum vim et potestatem tenebimus. † Sunt ergo hæ fere, si quis complecti velit, rem ratam haberi, judicatum solvi, judicio sisti, de operis novi nunciatione, damni infecti, legatorum caussa, rem pupilli salvam fore, stipulatio duplæ; quæ omnes commemorantur in dict. *L.* 1. *infr. de præ. stip.* usufructuaria, de qua in *L.* 1. *supra, usufr. quem. cav.* quod legatorum nomine amplius quid ceperit, quam per legem falcidiam licet, restitutum iri, de qua in *L.* 1. *in princ. et* §. *hæc verba. supr. si cui plus, quam per L falc. lic.* de collatione, de qua in *L.* 1. §. *jubet, et* §. *quamvis, supr. de col. bo.* stipulatio, qua heres sub conditione institutus agnita bonorum possessione secundum tabulas pendente conditione, cavet substitutis de hereditate, de qua in *L. Paulus, infr. de præt. stip: L. inter. supr. qui satisd. cog.* Ne sit autem mirum, si ad hæc demonstranda Ulpiani divisionem non adhibemus, quæ legitur in *d. L.* 1. *infr.*
35 *de præ stip.* † hæc enim non declarat, quæ aint, aut quot sint stipulationes, quas jus potestatem faciat a Prætore petendi; sed ex iis quas constabit tales esse, ut superiores, docet qoid petant singulæ, et quem finem in summa sibi propositum habeant; hunc ille triplicem facit, aut enim interponuntur judicii sive judicati constituendi caussa; aut ejus rei cavendæ caussa, de qua prius nullum judicium fuerit; aut sunt communes, unde hæc genera, quæ ille enumerat, judiciales, cautionales, communes. Ne quid tamen putetur in ea divisione inesse, quod ad hunc locum pertineat, quod forte nos falsos habuerit, aut si quid est, ut eo recte uti possimus, non erit alienum fortasse paucis ac veluti obiter indicare, quam sententiam illa habeat. Est enim ejusmodi, quæ qualis sit non intelligatur ab omnibus. Ac video ita accipi a plerisque quasi judiciales dicantur, quæ sint judicii alicujus confirmandi caussa; cautionales, quæ nullius judicii caussa interponantur; communes, quæ pro parte temporis judicii caussa interponantur, pro parte non interponantur, qualis est judicio sisti. Non nego, si quis divisionem suo arbitratu instituat, posse superiores stipulatione prætorias ita dividi; licet enim in illis et hanc distinctionem observare; ac si quis superioribus appellationibus ad eam distinctiooem utatur, puto non erraverit. Sed nego hanc Ulpiani sententiam esse in illa divisione, liquet ex eo, quod stipulationem, rem ratam haberi, inter cautionales numerat: quam tamen judicii confirmandi caussa a procuratore actoris interponi constat, interponitur enim eo, ne si absolutus erit eo judicio reus, amplius cum eo de eadem re agatur. Nec est, quod quisquam exemplum suspectum habeat. Nam præterquam quod in Florentinis, et aliis exemplaribus omnibus hæc stipulatio refertur inter cautionales, etiam in hoc genere numeratur ab Ulpiano illa, rem pupilli salvam fore, quam supra docuimus interdum judicii firmandi caussa adhiberi, puta cum pupilli nomine is tutor agit, qui non satisdedit, et prius ab illo postulatur ea satisdatio, ut judicium procedat. Quid ergo est? Nempe Ulpiano judiciales sunt, quæ propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, ut ille scribit; sed ut ratum fiat cum effectu, idest, quæ etiam re vera ratum faciunt. Sunt autem eæ, quibus promittitur id, quod prius ex judicati caussa præstari debebit, seu de quo is, qui promittit, judicatus erit. Tales sunt hæ stipulationes duæ, judicatum solvi, et ex operis novi nunciatione, quibus exemplis ille utitur. Defensor rei promittit judicatum solvi, idest, solvi quod fuerit judicatum, ut est in §. 1. *Inst. de satisd.* Ex operis novi nunciatione jam dixi eum, qui contra nunciationem ædificat, cavere se, quod ædificaverit restituturum, sed hac conditione, si prius judicatum fuerit eum jure non ædificasse. Ergo illi judiciales sunt, ex quibus non nova actio nascitur, sed actio de ea re, de qua prius competat stipulatori actio judicati, cujus judicati confirmandi caussa majoris cautionis loco adhibeatur stipulatio, vel potius satisdatio. Cautionales autem ille vocat, quæ et instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, ut sit sensus, cautiooales esse non eas, quæ conjunctim horum utrumque habeant, sed duas distinctas, nimirum et quæ actionis instar habent, et præterea eas, quæ ut nova

sit actio, intercedunt. Illæ instar actionis habent, quæ ultro petuntur a Prætore, ut damni infecti, legatorum, et quæ sunt similes ex superioribus. *L. actionis. supr. de obl. et act.* Sic enim hæ petuntur a Magistratu ut petuntur actiones. Et hæ quidem, cum nullius alius judicii caussa instituantur, sed moveantur ipsæ per se, citra controversiam judiciales non sunt. Sed addit Ulpianus, etsi non petantur ultro aliquæ prætoriæ stipulationes, sed per occasionem alienjus judicii caussa interponantur, esse tamen eas cautionales tantum, non etiam judiciales, si intercedant ideo, ut sit nova actio de re aliqua, id est, ea actio, quæ de ea re, de qua agitur, sit sola, et ea, de qua actio judicati non præcesserit. Talis est cautio, rem ratam haberi, hac enim procurator actoris non promittit quidquam, de quo ipse, vel dominus sit condemnatus: sed id, de quo nullum prius judicium fuit, nempe id quod rei interest, si eo absoluto iterum de eadem re adversus eum agatur. Nam profecto prius de eo non agebatur, sed de eo quod domino procuratoris debebatur. Illud quidem certum est, hanc stipulationem, rem ratam haberi, non esse eam, quæ judicium, quod cum procuratore fuit, et quo reus absolutus est, ratum efficiat, ac proinde Ulpiano non potest esse judicialis, quantumvis enim promiserit procurator dominum ratum habiturum, quod cum reo actum erit: non tamen ideo prohibetur dominus de eadem re experiri, et quidem ita, ut non solum exceptione ulla possit removeri, sed etiam ut sit impune illi, quod egerit. Quod ad stipulationem, judicio sisti, attinet, hæc dicitur communis, quia interdum id promittit, quod judicio postea pronunciabitur deberi: ut si reus ad diem non stiterit, ideoque commiserit stipulationem in id, quod petitum est (ut committitur hæc stipulatio. *L.* 2. §. *ult. et L.* 3. *supra. qui sat. cog.*) postea reo secum agendi potestatem faciente actor cum eo agere pergat prius, quam ex stipulatu egerit, deinde reus condemnetur. Sic enim eveniet, ut si actor ex stipulatione, judicio sistendi caussa, agat, id petat, de quo et prius reus judicatus est. Interdum id promittit hæc cautio, quod postea judicatur non deberi, quod accidit in superiore exemplo, si proponas eo judicio, quod postea secutum est, reum esse absolutum. Atque hæc de prætoriis dicta sint quæ sint prætoriæ stipulationes, sive quæ ad Prætoris officium pertineant. De judicialibus paulo difficilior explicatio est, quænam pertineant ad officium Judicis: neque enim certis legibus aut edictis proponuntur, ut præter eas, quæ certo jure proditæ sunt nullæ possint aliæ esse judiciales: sed res ubique ad officium Judicis revocatur, cum unam aliquam interponi debere legimus, ut quod de interrogationibus definitum est in *L. pen. sup. de interr.* merito possit ad has stipulationes transferri, ut dicamus, ubicunque Judicem æquitas moverit, æque oportere interponi stipulationem jussu Judicis. Ita semper hæc dubitatio relinquitur, quid hic postulet officium Judicis, quid æquitas, quam hic requirimus. Sed tamen conandum est et hic aliquid paulo certius de eo tradere, ut quod possumus, hac quoque in parte discentium, et quærentium studia adjuvemus. † Puto autem sic non male 36
de re tota statui posse, omnes stipulationes ex officio esse Judicis, vel de quibus præstandis apud eum agitur, vel quæ judicio de alia re principaliter instituto, ad id judicium explicandum, vel dirimendum sunt necessariæ, nec ullas alias præterea. Tot enim sunt, quæ committuntur judici, et in quibus ejus partes versantur. Quæ per Judicem petatur stipulatio, una est; nimirum duplæ, ex duplici caussa tamen; nempe ob evictionem, vel ob morbum vitiumve rei venditæ, et similes caussas edicto Ædilium comprehensas de quo genere satis supra diximus. Judicio autem de alia re instituto, quæ stipulationes ad id judicium pertinent, hæ sic pertinent, ut partim ad id promovendum referantur, partim ad controversiam recte, et sine injuria utriusque partis dirimendam. Ad promovendum Judicium pertinet, quæ ab eo, qui alieno nomine agit, exiguntur jure: quales sunt, quæ a tutore pupilli nomine post litem contestatam petuntur, ut rem pupilli salvam fore, et rem ratam dominum habiturum: quibus, ubi, et quando locus sit, quamque pertineat ad officium Judicis eas exigere, satis supra exposuimus. Ad controversiam autem dirimendam, necessariæ sunt; quæ sunt ejusmodi, ut sine his non possit vel satisfieri actori de eo, quod ei restituendum est, vel reo consuli, ne condemnatus non teneatur eo judicio ultra, quam oportet: hinc quædam sunt a reo cautiones, quibus actori cavetur: quædam ab actore, quibus vice versa cavetur reo. A reo, quoties, ut dixi, aliter actori de re petita satisfieri non potest. Id evenit primum in omni judicio de servitute, quo declaratur servitutem alicui deberi, eoque ut reus eam restituat, jubetur. Hæc restitutio eum non sit in traditione rei certæ, quæ res nulla est, sed in patientia ejus, qui condemnatus est, ut deinceps servitutis controversiam non faciat, sed actorem uti servi-

tute patiatur, et si quid ad usum servitutis facere est opus, ut faciat, veluti in servitute oneris ferendi, ut parietem oneri ferendo destinatum reficiat: hæc, inquam, cum ita sint in servitute, apparet nihil esse hic, quod actori possit præstari de servitute, si nihil amplius a reo exspectamus, quam illam patientiam, atque illud factum, quod dixi. Fieri enim potest, ut nihil istorum reus præstet, et quidem impune, nisi ad eam patientiam et refectionem Jure Civili obligetur, quod fiet, si de his rebus stipulanti actori cavebitur, neque vero restitutio servitutis aliter commode explicari potest. Ergo et istam cautionem a reo de servitute victo exigi, ut ad restitutionem rei sit ad officium Judicis pertinet, unde et eam in hoc genere judicii receptam videmus. *L. et harum, L. egi, supr. si servi. vind:* Accidit item, ut sine cautione satisfieri non possit actori de rei petitæ restitutione etiam in judiciis rerum corporalium, in quibus agitur, ut res ab eo, cujus prius fuerat, restituatur, ut fit in rei vindicatione, in judicio dotis, itemque in judiciis divisoriis. Id autem accidit interdum de re ipsa, de qua restituenda reus condemnatus est; interdum de rei commodis, de quibus reus actionem comparavit: interdum de rei ipsius persecutione, ubi de re ipsa damnari non debet. Præter præsentem ipsius corporis restitutionem quæ in rei vindicatione facienda est, etiam de re ipsa ad plenam restitutionem necessaria est cautio de dolo, vel culpa præterita, si forte possessor inter moras judicii impleril usucapionem, certum est enim eum rem non restituere, qui deteriorem factam reddit, aut eam reddit, quæ ejus facto possit evinci. *L.* 3. §. 1. *supr. eom. L. cum quis,* 38. §. *qui hominem, infr. de sol.* ut si servum petitum post usucapionem manumiserit, aut pignori dederit, aut veneno corruperit. At periculum est ne id possessor fecerit. Quid ergo hic fiet? actori rem suam restitui oportet, et talem, qualis fuisset, si tempore litis contestatæ restituta esset. At ob istas res condemnari reum, et litem adversus eum æstimari plane iniquum est, ubi non constet, an illa admiserit, quæ dixi. Rursum ita absolutum dimitti, ut corpore rei restituto liberetur, iniquum; quid enim, si postea appareat illa peccata esse in re petita? Quid ergo fiet? nihil aliud relinquitur, nisi ut nunc non condemnetur reus, quasi re non restituta; sed tamen quia admissa esse possunt, quæ nunc latent, sic adversus futurum periculum prospiciatur actori, ut illis emergentibus postea, ei cautum esse possit eo nomine: quod ita fiet, si reus jubente Judice cavebit nihil dolo malo suo contigisse in re petita, quo deterior fieret: proinde ut in parte restitutionis, quæ facienda est, numeranda est hæc cautio; ita ut ea interponatur, ad curam Judicis et officium pertinet: ex quo et illa in hoc genere usitata. *L. si post acceptum, D. præterea, in fin. supr. de rei vind.* Quo loco notandum est bonæ fidei possessorem solum de dolo suo cavere debere, cæteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonæ fidei possessor post litem contestatam. *L. si homo supr. de rei vind.* Eadem cautio recepta adversus maritum in repetitione dotis ob eandem caussam. *L. si filiofa.* 25. §. *maritum, supr. solut. mat.* Commoda quoque cujusque rei, et fructus una cum re in restitutionem veniunt. *L. præterea, supr. de rei vind.* Et de præteritis quidem, quæ percepit, aut percipere potuit, statim damnatur reus. At si qua sunt, quæ nondum ad illum pervenerint, pervenire tamen possint postea, ut sunt mercedes rerum ab ipso locatarum, quas jure locavit, cum esset dominus, ea sunt in ea caussa, ut de his damnari non possit in præsentia: at tamen quia si quid postea inde sit consecutus, æquum est eum præstare, officio Judicis continetur, ut jam nunc de illis actori consulatur: id fiet cautione, qua cavebit reus, quidquid ex ea locatione consecutus sit, se actori restituturum. Sic maritus cavet uxori de commodis rei dotalis, quam jussus est restituere. *d. L. si filiofam.* §. *ult. sol. mat.* Sic coheres coheredi in divisione hereditatis cavet, quod ex locatione rerum hereditariarum perceperit postea: quoque de his stipulatus erit, se eum coherede communicaturum. *L. item ex diverso, supr. fam. erc.* Accidit aliquando, ut et de re ipsa et de commodis rei petitæ absolvendus sit reus; tamen ad hoc saltem teneatur, ut rem persequatur, quod fit, cum de servo agitur, cujus is, qui convenitur, est dominus, (finge eum post litem contestatam usucaptum, de quo actione in rem actum erat, aut servum legatum peti) is autem servus sine culpa possessoris in fuga est. Cum sine culpa desierit possidere, de servo damnari non debet, sed tamen si quid de eo penes se habet, saltem hactenus damnari cum æquum est, habet autem ejus servi vindicationem, et persecutionem, ut dominus servi: hanc si cedere posset, nihil esset melius, neque expeditius, quam ut eam cedere juberetur, nunc autem frustra ceditur vindicatio, quam is, qui dominus non est, suo nomine exercere non potest. *L. in rem, supr. de rei vind.* Rursum in hoc damnare reum, ut servum persequatur, inutile est: quid enim, si non faciat? Res nisi cautione inter-

Posita de servo, qui in fuga est, persequendo, expediri non potest, hinc illa in hoc genere recepta. *L. item si cum*, §. *pro eo*, *supr. quod me. causs.* *L. servo legato*, §. *ult. supr. de legat.* 1. *Inst. de divis. stip.* Ab actore quoque suæ sunt cautiones ad justam, et judicio convenientem rei liberationem pertinentes. Talibus locus est in rei vindicatione, cum is a quo fundus petitus erat, ab alio ejusdem fundi nomine conventus est; aut a quo servus petebatur, ejusdem servi nomine eum eo furti agitur. Nam æquitas vindicationis postulat, ut cum actori jussus restituere rem restituerit, ea restitutione liberetur, ne contra regulam juris his teneatur ejusdem rei nomine. *L. bona fides*, *infr. de reg. jur.* Atqui nisi ei cavetur ab actore futurum est, ut quamvis rem ei restituerit, nihilominus et alteri condemnari debeat, qui posterius egit. Id ne accidat, pertinet ad officium Judicis ne reum priori condemnare, ne ex eadem re duplex damnum trahat, hoc modo videlicet, ut is possessori caveat, si vel alteri quid præstitisset, id recte præstari. *L. is a quo*, *L. a quo*, *seq. supr. de rei vind.* Hujusmodi cautione opus est marito in restitutione dotis, quam ut restituere eum oportet, ita ea restitutia non convenit eum ejus rei nomine onerari. Itaque si hoc metuit, ne quid ejus rei nomine præstare cogatur, quod mulier agnoscere debeat, veluti ei rem locaverit, et ex ea locatione quid ei præstandum sit: officio Judicis convenit, ne rem restituere cogatur, prius quam mulier ei de indemnitate caverit. *L. si filiofam.* §. *ult. supr. sol. matr.* Idem periculum eum immineat heredibus, partim ex locatione rerum hereditariarum, quæ pro parte locari commode non potuerunt, partim ex stipulatione hereditaria, sive testator rem individuam promisit, veluti viam, sive promisit neque se, neque heredem suum quid facturos: ut sic facto unius cæteri teneantur; receptum est hic quoque, ne aliter iis, qui hoc periculum metuunt, res a communione discedat, et cæteri partem divisam ferant, quam si caveant, quod unus solidum præstituros; quod autem præstiterit propter unius factum, id ei ab eo, qui contra fecerit, præstitum iri. *L. heredes*, §. *contra*, §. *idem juris*, *supr. fam. erc.* Scio si species omnes judicialium stipulationum, quæ in Pandectis occurrunt conquirere quis velit, multo plures colligi posse. Sed genera indicavi, ac cognitis his quas judiciales esse diximus, nihil negotii erit, quæ præterea in omni caussa ad officium Judicis pertineant, videre, præsertim si ad eam definitionem, et quasi regulam, quam de his initio posuimus, referentur. Quibus expositis, de divisione proposita deque necessariarum stipulationum numero, potestate, et usu plus satis dixisse videbamur, nisi hic etiam hæreret adhuc scrupulus, qui paucis eximendus est. †qui fiat videlicet, ut eum stipulatio 37 sit contractus; *L. non solum*, *supr. de obl. q. et act.* *L. certi.* §. *quoniam*, *supr. si cert. pet.* *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* tamen sint aliquæ necessariæ stipulationes, id est, quæ non ex voluntate promissorum, sed ex alieno jussu pendeant, contra quam ratio contractuum postulare videtur: de quibus traditum est, *in L. sicut*, *C. de obl. et act.* initio liberam potestatem unicuique esse habendi, vel non habendi contractus. Et dicendum est definitionem hanc, quam de contractibus esse dicimus, de his, qui vere et proprie ita dicuntur, esse accipiendam, quales sunt contractus omnes alii, et ex stipulationibus eæ, quæ dicuntur conventionales et in universum, in quibus liber est consensus, et voluntarius; nam coactus consensus propemodum ne consensus quidem est, cum vis necessitatem imponat contrariam voluntati. *L.* 1. *supr. quod met. caus.* Ob eam caussam ad stipulationes prætorias, aut judiciales ea definitio non pertinet: quemadmodum nec pertinet ad judicia, tametsi judicio dicetur contrahi itidem ut stipulatione. *L.* 3. §. *idem scribit*, *supr. de pecul.* Quippe ut judicium redditur in invitum: *L. inter*, §. 1. *infr. eod.* sic et superiores stipulatione invitis injunguntur: ac proinde proprie in judicia, sic et hæ ne contractus quidem sint. Cur ergo et stipulationes omnes dicuntur contractus, et judicio etiam dicitur contrahi? Si in stipulationibus prætoriis et judicialibus spectemus id tempus, cum istæ interponuntur, ubi unus stipulator, et alter respondet; ut re vera stipulationes sunt, sic non male dicuntur contractus, quia præsentem consensum habent, nec vis esse videtur, quæ est legitima. *L.* 3. *supr. quod met. caus.* Sin spectamus caussam et originem; quia ab alterius jussu proficiscuntur, non contrahentium voluntate, proprie contractus dici non possunt; magis hæ pro solutione habendæ sunt, quam pro contractu. Interponuntur enim de eo; cujus nomine quemque alteri cavere jure oporteat: quæ caussa est etiam, cur ab invitis exigantur. Idem de judicio licet dicere. Sed etiam ad ea, quæ sequuntur, transeamus.

Ad §. *Stipulatio autem.*

Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatus est, responderit.

SUMMARIA.

1. *Cur hic stipulationis, et satis acceptionis definitio tradatur.*
2. *De nomine stipulationis.*
3. *Quatuor rebus constat et perficitur stipulatio; quarum una stipulationis propria: tres cum aliis contractibus communes.*
4. *Impersonaliter concepta stipulatio, an valeat.*
5. *Cur secus in stipulatione, quam in constituta.*

Cur quo loco proposuit Pomponius divisionem stipulationum, 1 † eo in loco definitionem stipulationis ei divisioni subiecerit, quæ antecedere debere videbatur; rursum cur eodem loco inseruerit definitionem satis acceptionis, rei, ut videtur, ab instituto alienæ, mirum videri potest. Sed mirari desinet, si quis quid stipulationes prætoriæ postulant, de quibus superiore divisione comprehensum est, intellexerit. Proposita stipulationum divisione cum et prætoriarum species subiectæ essent, sic de prætoriis tradiderunt veteres, earum quasdam desiderare tantum nudam stipulationem, sive repromissionem, quasdam satisdationem exigere, ut constant ex *L. 1. §. satisdationum, infr. de præt. stip.* hoc posito exigebat instituti ratio, ut post illam divisionem deinceps explicaretur, quid esset nuda stipulatio, seu stipulatio in universum, tum quid esset satisdatio. Hunc locum tractans Pomponius eundem ordinem secutus est videlicet ac proposita superiore divisione primum docuit, quid singula genera significarent: secundo loco quid esse stipulatio; tertio quid satisdatio, quod sub nomine satis acceptionis exposui; quoniam ut ex satisdatione satis acceptio intelligeretur, sic vice versa ex satis acceptione satisdatio. Atque hoc loco stipulatio definitur contractus is, ex quo nascitur verborum obligatio, de qua hoc titulo agitur; quo diligentius et definitionis hujus vis cognoscenda est, quæ rem eam de qua quæritur, præcipue continet. Est autem in eo et quod de nomine ipso rei definitæ quæratur, et quod observetur de vi et natura contractus ex defini-
2 tione. † De nomine observandum hoc est, non unam aliquam partem ejus contractus, qui dicitur verbis fieri, sed totum ipsum contractum appellari stipulationem: sic enim hic definitur stipulatio, ut sit non interrogatio sola, aut sola responsio, sed conceptio integra verborum interrogatione et responsione constans, quibus duabus rebus hic contractus consistit. Quam recte id, vel potius quam cum aliis locis, et usu juris recepto convenienter, quæsitum est. Constat enim in hoc contractu duos esse, quorum unus, ornpe creditor futurus, interrogat alterum, an daturus sit, aut facturus: alter assentiens respondet; constanter autem in usu juris sic isti distinguuntur, ut qui interrogat, dicatur stipulari, qui respondet, dicatur promittere; nec unquam qui interrogat, promittere dicitur, aut qui promittit, stipulari pro promittere: hinc illa: qui loqui potest, creditur et stipulari, et promittere recte posse; et in verborum obligatione sive quis promittit, verba stipulantis exaudire, sive stipulatur, debet exaudire verba promittentis. *L. 1. §. ult. supr. prox. tit.* Item inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur, *L. inter, infr.* et quod hujus significationis certissimum judicium est, hinc duo rei dicti, stipulandi unus, alter promittendi. Tit. *de duob. reis, infr. et in Instit. eod.* quos ita ubique distingui constat, ut nunquam reus promittendi dicatur stipulandi reus, aut qui stipulandi reus est, dicatur reus promittendi. Inde stipulatio pro interrogatione stipulantis in *L. 1. C. de cont. et com. stip.* Sane et reum seu promissorem interdum dici legimus stipulari, ut *L. si non sortem. §. si decem, supr. de cond. ind. L. si debitor, supr. de contr. empt.* et aliis quibusdam locis, qui et ab aliis notati sunt; sed non significetur eum pro-

mittere, sed interrogari, verbum eum stipulari commune est non deponens, ut Priscianus docet *Lib.* 5. dicimusque recte stipulor a te, et stipulor abs te, pro interrogo te, et interrogor abs te. itaque sane et stipulatio dicatur recte, tum qua stipulator interrogat, tum qua promissor interrogatur: sed ita, ut semper etiam in promissore stipulatio nihil aliud significet, quam interrogationem qua interrogatur, non autem promissionem, qua interroganti respondet. Fieri enim potest, ut interrogetur quis, neque tamen interrogatus promittat. Qui fit, igitur, ut cœpi quærere, ut stipulatio cum per se ponitur, totus contractus stipulantis et promittentis intelligatur? Neque enim hic tantum sic usurpatur, sed passim eodem modo sub hoc titulo, ut et in inscriptione *C. de cont. et com. stipul.* Nempe pars pro toto contractu ponitur, idque eo recte fit, quia et una alteram ponit, quod accidit non significatione verbi, sed rerum et partium istarum necessaria consequentia, ac veluti affectione. Nam stipulatio utilis non alia potest esse, nisi quæ responsionem adiunctam habet, nec utilis promissio, nisi quam interrogatio præcessit, ut proinde una posita, si eam utilem esse volumus, necesse sit alteram continuo intelligi, quæ ei ex adverso respondeat, *L.* 1. *C. de cont. et com. stip. L.* 1. *C. de usur.* Neque hoc in verbo tantum stipulationis. sed et in innumeris aliis factum licet observare, ut donationis, satisdationis, emptionis venditionis, locationis conductionis, rerum creditarum. In donando duo sunt, unus qui dat, alter qui accipit, neque unquam qui accipit, dat, aut qui dat, accipit: a donante donatio est, a donatario capio: et tamen totam actionem dantis et accipientis uno verbo donationem appellamus, an quod donationis verbum etiam acceptionem vi sua continet? minime: sed quia non est donatio sine accipiente nec quisquam ex ea caussa accipit, nisi sit, qui donet. In satisdatione similiter duo sunt, debitor qui quid promittit datis fidejussoribus, et is cui stipulanti hoc modo promittitur: qui promittit, et fidejussores dat, is dat satis, a quo et satisdatio, is autem creditor, cui fidejussores dantur, non satis dat, sed satis accipit a quo et satis acceptio nominatur, de qua *seq.* §. dicitur, et tamen tota actio dicitur satisdatio. *L.* 1. *supr. qui satis. cog.* nempe quia quis satisdationem dixit, vi ipsa etiam satis acceptionem dixit: propterea quod non est satisdatio, nisi sit qui satis accipiat. Hoc est, quod de emptione et venditione, locatione conductione scriptum legimus in *L. veteres, et L. seq. supr. de act. empt.* veteres his appellationibus promiscue usos fuisse. Non enim hoc significatur veteres dixisse emptorem esse eum, qui esset venditor, locatorem eum, qui esset conductor, aut contra. Nam hæc ut rebus ipsis et factis, sic verbis certis et propriis distincta sunt, ut neque emptor sit venditor, neque venditor emptor, neque locator qui conducit, neque conductor qui locat; *L.* 1. *supr. de rer. per. L.* 1. *et* 2. *supr. loc. et cond.* sed hic sensus est, veteres his verbis singulis promiscue pro toto contractu esse usos, ut cum emptionem dicerent, uno verbo intelligerent etiam venditionem, et vice versa cum nominarent venditionem, uno verbo et venditionem et emptionem intelligerent, etiam si nihil adiicerent amplius, eodemque modo appellatione locationis et conductionis utebantur. Optime: non quod ea pars, quæ emptio est, eadem sit venditio, aut pars venditionis, quæ proprie et vere ita appellatur: item quæ pars locatio est, eadem sit et conductio, aut pars conductionis, quam proprie ita nominamus, aut contra, ut jam dixi: sed quia non est unum natura, quin sit alterum, ut uno posito necesse sit continuo et alterum statui. Non est venditio. nisi sit qui emat: non est emptio, nisi sit, qui vendat: idemque in locatione, et conductione intelligitur eo, fit, ut ad utrumque intelligendum unum poni sit satis. Nec dissimili ratione dicuntur res creditæ. in titulo de rebus creditis, eæ res quæ a reis debentur. *L.* 1. *supr. si cert. pet.* quamquam contraria sint debere et credere, ut et creditor et debitor. Is enim creditor est, cui res debetur, et qui fidem habet: is debitor, qui debet, et cui fides habetur. Sed hoc ita est: non sunt res creditæ, nisi sit cui illæ credantur, id est, qui eas debeat, quo fit, ut appellatione rerum creditarum vi ipsa et conditione rerum statim eæ intelligantur, sine quibus non esset creditum, idest, eæ quæ debentur. Similiter et stipulationem de toto contractu dici sciamus, ut ex stipulatione, quæ proprie stipulantis interrogatio est, etiam responsio et promissio intelligatur, quia illa sine responsione nulla sit. Nec quæremus hoc loco anxie, cur ad totum contractum significandum nomine stipulationis, quæ pars stipulatoris ejusdemque creditoris propria est utamur potius quam promissionis, quæ pars est debitoris propria: utrumne ideo, quia in hoc negotio præcipuæ partes sint stipulantis, ut proinde a portione parte stipulantis

ut proinde a portione parte sumatur appellatio ut Accursius voluit in *L.* 1. *supr. eod.* an vero, ut placet Alciato *Lib.* 2. *parer. C.* 27, quia stipulatio stipulantis caussa concipiatur, non promittentis. Nam in intelligatur in hac appellatione usurpanda nihil istorum, quæ modo diximus, spectasse veteres, sæpe in his negotiis, in quibus est, qui dat, alter qui accipit, cujus etiam caussa res tota geritur, negotium ipsum ab eo, qui dat, nominatur. Indicio est donatio, et satisdatio, de quibus supra diximus: quorum utrumque rei ejus, qui dat vel rem, vel fidejussores, et totum accipientis caussa instituitur; et tamen utroque tota actio dantis et accipientis significatur. Et quod certius argumentum esse potest non spectasse in hac re veteres, a qua parte totum nominarent, dum ex una altera statueretur: sæpe idem negotium modo ab una parte totum nominatur, modo totum ab altera, ut in hac ipsa actione satisdandi, de qua diximus, quæ usitate a promissore fidejussoris dante satisdatio dicitur; eadem ab accipiente interdum nominatur satis acceptio, ut in §. *seq.* scilicet, quia nec satisdatio sine accipiente intelligitur, nec satis acceptio sine satisdante. Et ne longius abeamus ipse hoc contractus, quem appellamus stipulationem, interdum a promissore sponsio et promissio uno verbo appellatur. *L. sponsio. infr. de verb. sig. L. sciendum*, §. *dictum, supr. de ed. ed. L.* 1. 2. 3. *supr. de spons.* Et cur minus, quæso, ex sponsione et promissione interrogatio præcedens intelligatur, quam ex stipulatione intelligitur sequens promissio: cum utrumque ad obligationem verbis contrahendam ita requiratur, ut alterum sine altero esse non possit? Nec vero alia caussa est, cur cum in instrumento scriptum est aliquem promisisse, perinde habeatur, atque si interrogatione præcedente responsum sit. §. *si scriptum*, *Inst. de inut. stip.* Sed usus magis trivit verbum stipulationis: sive quod inde esset origo contractus, sive quod interrogatione constitueretur forma tutius stipulationis: sive quia visum est id ad rem intelligendam commodius, quod est verius: licetque id intelligere ex nomine satisdationis, in qua cum initium totius rei et conceptio a stipulante creditore nascatur, tamen a promittente appellatur satisdatio: quia illud satis acceptio videtur durius; hæc de verbi usu et significatione. Sed cur ea sive interrogatio, sive conceptio integra, qua verbis nobis cavemus, dicitur stipulatio? quid enim, an stipulari idem declarat, quod interrogare, aut utrumque interrogare et promittere? Neutrum: neque enim ut dico, interrogo te de fundo, an des; ita dico, stipulor a te de fundo, an des, sed simpliciter stipulor a te fundum: hinc de verbi origine quæritur. Et convenit inter omnes, qui de ea scripserunt, ideo sic appellatam esse conceptionem, quia stipulari significet adstringere sibi rem verbis, et firmare, quod quidem stipulationi optime convenit; constat enim obligationum firmandarum caussa stipulationes esse introductas, quod Paulus testatur *Lib.* 5. *Sentent. tit. oblig.* et declaratur satis in definitione conventionalium stipulationum, quæ supra tradita est initio hujus capitis, ac plane intelligitur ex his, quæ initio hujus tituli de vi stipulationis et fine disseruimus. Inde et stipulatio dicta est cautio per excellentiam nominis. *L. sancimus. C. de verb. sig.* quod præcipue hoc modo de omni re nobis caveretur, idest, prospiceretur ad firmandam fidem, videlicet, et adstringendam obligationem, id enim cavere significat. Sed cur stipulari sit rem firmare, et adstringere verbis, auctores variant. Varro *Lib.* 4. *de lingua latina* a stipando et stipe dici putat. Paulus in eo loco, quem modo retuli, a stipulo dictum esse ait, quia stipulum veteres firmum appellarent, quod et Justinianus inde sumptum in Institutionibus posuit sub Tit. *de verb. oblig.* De verbo stipuli si verbum est, quod nostri scribunt, melius illi, quam Varro; certe ad inflexionem et deductionem verbi stipulatio convenientius, sin minus (de quo parum liquet propter verbi vetustatem) saltem hoc monebit a stipando, idest, adstringendo deductum esse; quod plane in re ipsa tantundem valet, utraque enim origine firmum et adstrictum significatur, utrum autem dicamus, cum in re nihil intersit, non magnopere laborandum puto. Atque hæc de verbo. In definitione solum hoc observandum videtur, quibus rebus constet, et perficiatur stipulatio, ex qua contrahatur obligatio ea verborum, quam quærimus; † ea res esse quatuor: 3
unam stipulationis propriam, tres cum aliis contractibus communes. Propria est stipulationis verborum conceptio interrogationem et responsionem continens, in qua quæ servanda sint, expositum est in *L.* 1. *supr.* Sit autem hæc velut stipulationis forma, a qua et verborum obligationis nomen natum est. Communia stipulationi cum aliis contractibus sunt, ut dixi, tria, primum quod in stipulatum deducitur, tanquam materia: tum consensus contrahentium, quasi efficiens caussa stipulationis: postremo stipulationis finis. Materia est, quidquid dari,

fierive potest, nec quidquam aliod ntiliter in stipulatum deducitur. *L. si stipulor, infr.* Consensus ex interrogatione et responsione congrua colligitur; neque enim hæc ideo requiruntur, ut verba sint tantum, sed ut his verbis consensus animi declaretur, ac sine consensu stipulatio nulla est, quod aliquot locis jam supra diximus. *L. continuus*, §. 1. *L. inter*, §. 1. *infr. eod. L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* hinc stipulatio contractus. *L. non solum, supr. prox. tit. L. certi* §. *quoniam, supr. si cert. pet.* quod divisio obligationum, quæ snot ex contractu satis probat, cum huic generi subjicitur ea species, quæ verbis contrahitur, idest, stipulatione, *L.* 1. *supr. prox. tit.* §. 1. *Inst. de oblig.* Finis stipulationis idem, qui et contractuum omnium, ut detur, aut fiat aliquid: non tamen infinite, aut quovis modo: sed ita, ut qui promittit, seipsum promittat daturum facturumve: et promittat se daturum aut facturum, non coivis, sed ei tantum, qni stipulatus est, cum quo negotium geritur. Alterum daturum facturumve, et quod idem est, factum alienum Inutiliter promittitur. *L. stipulatio ista, L. inter, infr. eod.* Alteri stipulari, ut ei per nos actio requiratur, per regulas joris non possumos. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr. L. quæcunque, supr. prox. tit.* Ac satis est genera ipsa istarum rerum indicari, quorum deinde fusior ex-
4 plicatio ex suis quæque locis petetur. † Hinc quæsitum est de hac stipulatione, *dabis? dabitur:* utrum valeat, necne. Nam qui ita promittit, se daturum aperte non promittit, potestque stipulatio sic accipi, dabitur tibi ab aliquo, dabitur ab alio, non a me: quo sensu si accipitur, certi juris est stipulationem esse inutilem. Quæritur igitur, an sic accipi debeat, an vero ita potius, quasi dictum esset, dabitur tibi a me, ut fiat hoc modo stipulatio utilis. Sunt qui puteot nullam esse stipulationem moti primum, quod hæc definitio a promissore hoc exigat, ut promittat se daturum, se, inquam, aperto quod non fit ab eo, qui impersonaliter respondet, *dabitur*; deinde quia et si hoc verbum dabitur, potest sic intelligi, dabitur tibi a me, et dabitur tibi ab alio quovis: tamen utrumque accipere non debemus, sed id, quod stipulatori nocet secundum regula juris. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus, infr. eod.* Postremo omnem in hac re dubitatiunem sustulisse videtur Justinianus, qui in constituto hoc definivit, nullum esse constitutum, si quis ita dixerit, tibi satisfiet, verbo impersonaliter prolato. *authen. si quando, C. de const. pec.* Sed nihil verius, neque melius, judicio meo, quam quod de hac re (1) scriptum est ab Alciato, *Lib.* 2. *parer. Cap.* 18. utilem nimirum esse stipulationem, ut quæ ita accipi debeat, dabitur tibi a me, quod valet, dabo. Nam cum id recte probat testimonio Plauti, qui hoc ipso exemplo stipulationis proposito, sub alterius persona ait sic recte stipulationem esse conceptam: tum vero recte monet generalitatem responsionis ad interrogationem revocari debere, et ex ea esse temperandam: quia id respondere quisque intelligatur, de quo interrogatus est. §. *præterea Inst. de inut. stip. L. si sine*, §. *qui inter, rogatus, supr. de inter.* Nam quod hic exigitur, ut de se quisque promittat, agnosco verum esse, et in hac quoque specie fieri debere fateor: sed et in eo fieri ajo, qui respondet, *dabitur*. Nam si hoc, *dabitur*, ex interrogatione ita interpretandum est, ut responsio interrogationi conveniat, promissor hoc respondisse intelligitur, quoniam me interrogas, ao dem, dabitur a me, quem vis dare: nec ad rem pertinet, quod hoc, *dabitur*, sic intelligi potest, dabitur tibi ab aliqno, vel ab alio: satis est enim ad vim stipulationis, si et hoc quoque intelligatur, dabitur tibi a me, quod intelligi debere ostendimus. Non obstat, quod dicitur in stipulationibus si quid obscurum, aut ambiguum est, verba contra stipulatorem interpretanda esse; dicta *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus, infr.* hoc enim tunc solum recte dicitur, cum nobis verba contra stipulaturem interpretantibus non ideo stipulatio fit inutilis: quod si ea interpretatione plane inutilis fiat, id observator potius, ut contra promissorem interpretemur, quo res

(1) Duar. et Cujac. *ad L.* 5. *h. t.* Gomez 2. *Resol.* 9. *n.* 3. Vid. Gœd. *C.* 4. *Concl.* 3. Diss. DD. vulgo. Gravius juris imperitia errat (ut sæpicule soleut viri cætera docti, sed in aliis quam nostris auctoribus versatiores) Jan. Guililem. *QQ. in Plauti Asinar. C. ult.* scribens stipulationum formulas conceptas fuisse per verba. *Si sive, ni, nive*, quæ qui perperam adhibuerat, eum actione cecidisse. Nam istarum vocularum nec nisi in conditionalibus stipulationibus usus ullus esse potuit. Nec quidquam retulit quomodo conciperetur conditio, cujus usitatæ quidem fuerunt quædam formulæ, non tamen necessariæ, cum imo et sine verbis induci possit, Vid. *Lib. seq. C.* 11. et cam voluntas faciat, non sermo *L.* 2. *de his quæ pæ. ca.* Cujac. 14. *Obs.*

valeat, *L. cum qui calendis*, *L. quoties*, 80. *infr. eod.* de quo plura dicenda sunt ad *d.*
5 *§. in stipulationibus.* † Quod autem Justinianus constituit non obligari de constituta pecunia eum, qui ita dixit, tibi satisfiet, ne hic quidem mihi occurrit quidquam melius aut certius, quam id quod idem Alciatus respondet; ideo aliam esse caussam constitui, quia in eo non possit constare ex interrogatione, de qua persona sentiat is, qui constituit, cum in constituto interponendo nulla præcedat interrogatio, ut in stipulatione. Non me movet, quod et pacta interdum sic concipiuntur, ut responsionem præcedat interrogatio. *L. juris gentium*, *§. quod fere*, *supr. de pact.* Nam et cum id fiet, eandem responsionis interpretationem esse debere arbitror. Quod si quis contendet eandem fieri non debere in constituto propter Justiniani constitutionem *d. aut. si quando*, *C. de const. pec.* quæ generaliter scripta est de eo, qui constituendo ita dicit, tibi satisfiet: non ideo tamen vincet in stipulatione idem debere constitui. Non enim in constituto sic interrogatio adhibetur, quasi quidquam pertineat ad id, de quo agitur; ut dici possit nec debere responsionis interpretationem ad eam interrogationem referri, quod secus fit in stipulatione. In ea enim consulto interrogatio adhibetur, et procedit, quo deinde sequatur responsio interrogationi serviens. Qua ratione autem dicimus utilem hanc stipulationem, *dabis? dabitur*, ut intelligatur dabitur a me, quem interrogas: eadem ratione, et hanc valere probandum est, *satisfacies mihi? satisfiet*; ut idem illud hic intelligatur ex interrogatione, satisfiet a me, quem interrogas. Quod si ita est, recte Alciatus in promissione impersonaliter concepta in totum separavit stipulationem a constituto; nec vero aliud relinquitur, quod statuamus, si dederimus hanc stipulationem recte concipi, decem dabis? dabuntur. Nam hoc quidem constat constitutione Justiniani improbari ejusmodi constitutum, si dictum sit, satisfiet tibi. Sed non sunt hæc eadem, quidam ajunt, dabis? dabuntur: et satisfacies? tibi satisfiet. Quasi quidquam intersit, utrum dicam satisfiet tibi, an vero solvetur, vel dabitur tibi, quod tibi debetur? Moventur scilicet hoc argumento, quod stipulatio non recte fiat hoc modo, promittis? promittetur; at quam non recte ista comparantur, nihil enim promittit qui dicit promittetur, etiam si se ipse promissurum dicat; aliud est enim jam nunc promittere decem, aliud dicere se postea promissurum; ideo non mirum, si qui id dicit non obligetur. At qui dicit dabitur, vel satisfiet, jam nunc promittit, aut se aut alium daturum, satisfacturum; solum hoc dubium relinquit, utrum de se, an de alio sentiat, an vero de omnibus.

Ad §. *Satis acceptio.*

Satis acceptio est stipulatio quæ ita obligat promissorem, ut adpromissores quoque ab eo accipiantur, idest qui idem promittunt. Satis autem accipere dictum est eodem modo, quo satisfacere. Nam quia id quo quis contentus erat, ei præstabatur: satisfieri dictum est et similiter quia tales quibus contentus quis futurus esset, ita dabantur, ut verbis obligarentur, satis accipi dictum est.

SUMMARIA.

1. *Cur ad satisdationem explicandam satisacceptionis verbo utatur I. C.*
2. *Satisdatio, satisacceptio quid.*
3. *Nec pignoribus, nec pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione, sed solum fidejussoribus satisdari.*
4. *Satisdationem et satisfactionem toto genere differre, ubi* L. 1. supr. Qui sat. cog. *explicatur.*
5. *Lectio* §. ult. L. promissor, supr. de const. pec.

CUM ex stipulationibus prætoriis quædam sint, quæ satisdationem desiderent, quædam nudam repromissionem: *L.* 1. §. 1. *infr. de præ: stip.* conveniebat, ut dixi, instituto Pomponii, a quo de prætoriis stipulationibus institutus erat sermo, ut quemadmodum de repromissione dixerat, ita diceret de satisdatione, quid nam sit. Id ergo facit
1 sub nomine satis acceptionis. † In quo mirari non debemus, quod non potius sit usus verbo satisdationis, cum de ea quæreretur. Ut enim ad repromissionem declarandam stipulationis definitione usus est, quia ex uno alterum intelligitur: sic hoc loco ad satisdationem explicandam satisacceptionis verbo uti ei visum est, quia ad rem exprimendam, quæ utroque verbo continetur, utro verbo utamur, nihil interest. Diversæ quidem res sunt satisdatio, et satisacceptio, et ita diversæ, ut sint etiam contrariæ; satisdat debitor, accipit satis creditor: nec unquam fieri potest, ut qui dat, quatenus id facit, accipiat, aut det, qui accipit, quatenus id facit. Sed distinguuntur ista personis et officii dantis et accipientis, cæterum in utroque res una eademque est, quæ datur, et quæ accipitur. Inest in satisdatione cautio, insunt et fidejussores qui dantur: et hæc ipsa sunt, quæ accipiuntur a creditore, cum illi dantur; nec vero ab eo alia de caussa accipiuntur, quam quod ei data sunt, quemadmodum et in donatione idem fundus est, qui donatur, et qui a donatario accipitur; ut plane ad donatum fundum demonstrandum nihil intersit, utrum fundum donatum, an fundum acceptum dicas. Satis autem acceptionis verbo definiri, hoc loco satisdationem ex definitionibus istarum rerum intelligi potest. † Satis- 2
dare definit Ulpianus in *L.* 1. *supr.* qui sat. cog. *alicui pro eo quod a nobis petit, ita cavere, ut eum securum eo nomine faciamus, datis fidejussoribus.* Satisacceptionem Pomponius hoc loco esse dicit stipulationem, qua quis verbis se obligat de re aliqua ita, *ut adpromissores quoque ab eo accipiantur, idest, qui idem promittunt;* quo prorsus idem declarat. Cavere enim est stipulanti promittere. *L. sancimus, C de verbor. significat.* fidejussores autem sunt, qui idem promittunt verbis. *L. blanditus. C. de fid.* Hoc initio monendi fuimus de verbo satisacceptionis duabus de caussis; primum ne quis alienum ab instituto Pomponium fecisse existimet; quod cum satisdatio ad prætorias stipulationes pertineret, satisdationis verbo omisso definierit potius satisacceptionem: deinde ne quis ambiguitate verbi satis acceptionis deceptus putet hoc loco non magis satisdationem definiri, quam satisfactionem; quod si fieret, neque ad quæstionem de stipulationibus quidquam pertineret, neque adeo vera esset definitio, quæ hic traditur, satis acceptionis. Nunc hoc præcipue observatur in definitione satisdationis, seu ejus, quæ ei ex adverso respondet satisacceptionis, quod dicitur de fidejussoribus, satisdare nimirum esse quidem ita cavere alicui, seu ita se ei obligare verbis de re aliqua, ut hoc amplius

eum securum faciamus eo nomine datis fidejussoribus. † De fidejussoribus tantum dictum est, ut intelligeremus non aliter sati dari. Cavetur, et quidem idonee et recte, non tantum reis et fidejussoribus, sed etiam pignoribus datis. *L.* 1. §. *jubet, supra, de coll. bo. L.* 4. §. *addici, supr. de fid. lib.* sed non satisdatur, nisi fidejussoribus. Et ideo in prætoris stipulationibus quas dicimus exigere satidationem, traditum est eas desiderare personas pro se intervenientium, idest, reorum, fidejussorum, adpromissorum, et neque pignoribus quem, neque pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungi. *L. prætoriæ.* 7. *infr. de præt. stip.* scilicet quia exigitur edictis Prætorum satisdatio, quæ id significat, quod dixi. Inde satisdato cavere, et cavere pignoribus datis distincta in *d. L.* 4. §. *addici, de fid. lib.* Non temere est, quod de significatione et usu verbi hoc præcipue animadvertendum esse dicimus. Nam alioqui vel vis ipsa et origo verbi, vel hic ipse locus et huic similis in *L.* 1, *supr. qui sat. cog.* vel adeo hoc ipsum, quod dicitur fidejussoribus datis satisdari, efficere videtur non tantum fidejussoribus recte satisdari, sed etiam pignoribus. Vis verbi in primis; quid est enim satisdare, nisi dare, quod sit satis ad cavendum adversario, et eum securum reddendum? hoc quidem positum est in *d. L.* 1. *qui sat. cog.* et præterea in satisfaciendi verbo id significat verbum satis. At non minus cavetur adversario, nec minus securus is redditur pignoribus datis, quam fidejussoribus; unde quibus in partibus juris id exigitur, ut recte aut idonee caveatur, eas sic veteres constanter acceperunt, ut non minus pignoribus, quam reis caveri posset. *d. L.* 1. §. *jubet, supr. de coll. bo. d. L.* 4. §. *addici, supr. de fid. lib.* Hoc autem loco, et non paulo apertius in *d. L.* 1. *qui sat. cog.* dicitur satisdare aut quod in re idem est, satis accipere eodem modo appellatum esse, quo satisfacere. Quibus verbis significari videtur, aut eandem appellationem esse utriusque verbi, idest, eandem vim et significationem, aut certe eandem esse originem et rationem utriusque: quod tamen posterius eodem redit; in eadem enim origine et notatione verbi eandem significationem utriusque esse oportet. Quod si verum est, non aliud relinquitur de verbo satisdandi, nisi et pignoribus datis, et fidejussoribus pariter recte satisdari: quoniam et qui se satisfacturum promisit, utrumvis faciat, præstat quod promisit. *L. promissor,* §. *ult. supr. de const. pec.* Sed ut deessent cætera; tamen hoc solum, quod dicitur satisdari fidejussoribus datis, satis esse videtur, ut probetur etiam tum satisdari, cum dantur pignora: certe injuncta satidatione nominus admittendam esse eam cautionem. Cur enim fidejussoribus datis satisdari dicitur non ideo quia solvitur: neque enim, postquam quis dedit fidejussores idoneos, continuo aut ipse solvit creditori suo, aut fidejussores ab eo dati. Cur ergo dicitur hoc modo satisdari? Constat ideo dici, quia hoc modo recte cavetur creditori, hoc modo creditor securus redditur, ut expressum est in *d. L.* 1. *supr. qui sat. cog.* Atqui aut magis cavetur creditori datis pignoribus, aut certe non minus. Magis etiam caveri declaratur regula juris, qua traditum est plus cautionis esse in rem, quam in personam. *L. plus cautionis, infr. de reg. jur.* Sed ut non sit plus cautionis; at certe inest tantundem. Ideo, ut jam dixi, quibuscunque in caussis recta et idonea cautio exigitur, in his pignorum datione ad idoneam cautionem defungimur. *d. L.* 1. §. *jubet, de coll. bo d. L.* 4. §. *addici. de fid. lib.* Necesse est igitur in pari cautione, aut etiam majore eandem esse satisdationem, idest, in pari caussa eundem effectum intelligi. Itaque non omnino abs re videri potest, quod Accursius, et alii hunc secuti ad *L.* 1. *supr. qui sat. cog.* existimant non minus pignoribus caveri posse ad satisdationem, quam fidejussoribus: et quod nominatim de fidejussoribus additum est tum ibi, tum hoc loco, sic interpretantur, si quis fidejussoribus datis cavere velit: cæterum posse et pignoribus id eum facere. Sed non eo minus verum est, quod dixi, non satisdari, nisi fidejussoribus datis, et ubicunque satisdatio exigitur jure, illic ad cautionem invito creditore non admitti nisi fidejussores. Alioqui otiose in definitionibus satisdationis et satis acceptionis comprehensum esset de fidejussoribus, si etiam pignoribus datis recte satisdaretur; aut si pertinebat hoc ad definitionem, male prætermissa sunt pignora, quæ nihilominus ad eandem definitionem pertinebant. Male etiam satis acceptio definiretur hoc loco stipulatio, cum pignus quo satidari posse volunt constituatur citra stipulationem nuda conventione. *L.* 1. *supr. de pig. act. L.* 4. *supr. de pig.* Nihilo rectius distinguerentur ista, cavere satisdato, et cavere pignoribus in *d. L.* 4. *addici, de fid. lib.* Sed Sed omnem controversiam dirimit, quod quod scriptum est in *d. L.* 7. *infr. de præt. stip.* in prætoriis stipulationibus neque pignoribus quemquam, neque ullius rei depositione in vicem satisdationis fungi. Non est

enim, quod putemus id singulari et proprio quodam jure receptum esse in stipulationibus prætoriis præter vim et significationem verbi *satisdatio*: ubicunque edictis prætorum jubetur stipulatio prætoria interponi, nihil amplius de ea jubetur, quam eo nomine satisdari: cum igitur definitur hic fidejussores admitti, non etiam pignora, nempe ex significatione verbi id definitur, non contra significationem. Et in *d. L. 7. de præ. stip.* dictum est non posse quemquam pignoribus defungi in vicem satisdationis, ut intelligeremus, si quis forte pignora admitteret, id vicem satisdationis habere posse; satisdationem non esse: quemadmodum satisfactio pro solutione esse dicitur, seu vicem solutionis habere; re vera non est solutio. *L. satisfactio, infr. de solut. L. item, §. 1. sup. quib. mod. pig. vel. hyp. sol.* Neque vero aut in verbo satisdandi, aut in genere cautionis, aut in similitudine satisfactionis, quæ his locis statui videtur, aut denique in ullo alio loco juris quidquam est, quod superiorem sententiam mutare debeat: hæc enim erant quæ supra objiciebamus. Et ut de verbo primum respondeam, ita vis est et compositio ejus verbi, ut non ad alios pertineat, quam ad fidejussores. Inest quidem in eo verbo *satis*, ut vare dicatur inesse in eo, quod sit satis creditori ad cautionem, ut significatur in *dict. L. 1. supra, qui sat. cog.* sed inest in eo et dare, ut intelligamus sic dictum esse satisdare, ut sit quasi satis et abunde dare id quod debetur, vel præstare, quod sit satis ad futuram dationem, et naturalem præstationem rei debitæ. Id vero efficitur cautione rei debitæ fidejussoribus adhibitis, idest, cum debitor ita promittit se quid daturum, ut det præterea eos, qui idem promittant. Sic enim fit, ut ex cautione aut det ipse promissor postea, quod debetur, aut dent fidejussores, qui non fallent: quia idonei dati sunt. Non idem efficitur datis pignoribus, non enim pignus unquam dabit id, quod debetur. Interire pignus potest, nec cum interierit habet heredem, qui teneatur in id, quod debetur. Fieri potest ut exstet pignus, sed non reperiat emptorem. Postremo etsi id distrahatur, et pretium consequatur creditor, non tamen id pretium dare debitor intelligitur, sed emptor, et is quem prius debitor non dedit. Jam igitur satis intelligi puto ex vi et significatione verbi non aliter satisdari, quam rem ita promittendo, ut dentur etiam ejus rei nomine adpromissores: pignoribus datis dici posse debitorem creditori cavere, satisdare non item. Sed cur verba moramur, ac non potius rem ipsam spectamus, inquies, ut cum non minus recte caveatur pignoribus, admittamus etiam ea ex sententia legis propter eandem rationem, ideoque et cum lex satisdationem exigit, ibi locus sit pignoribus ad omnem cautionem, eaque cautio pro justa satisdatione cedat: fit enim hoc in aliis partibus juris omnibus, ut si in una aliqua re eadem ratio sit, quæ in ea de qua nominatim jure cautum est, idem quoque jus in ea admittatur, etsi forte nominibus, aut forma aliqua distinguantur. Ut ecce non sunt creditores, si ad verbum rem expendere volumus, hi quibus pecunia ex alia caussa, quam ex contractu debetur, quia fidem debitoris non sequuntur, quibus debitor nihil promisit, nec fidem dedit, *L. 1. supr. si cer. pet.* At omnium idem jus eademque ratio est. Ideo omnes creditorum appellatione accipiuntur, quibus ex qualibet caussa debetur. *L. creditores, L. creditorum, infra, de verbor. signification.* Similiter in edicto de procuratoribus exigit defensionem et satisdationem Prætor ab omnibus, qui alieno nomine sibi actionem dari postulabunt. *L. servum, §. ait Prætor, supr. de proc.* Si verbum sequimur, non tenentur hoc jure, qui alieno nomine aut præjudicio aut interdicto agunt, aut sibi caveri prætoria stipulatione postulant. Nam hæc proprie non sunt actiones. Sed nihilominus eandem vim habent. Eo etiam actionis verbo eo edicto continentur. *L. non solum, supra, de proc. L. actionis, supr. prox. tit.* Et generaliter receptum esse scimus, ut ubicunque eadem ratio est, ibi et jus idem valere debeat. *L. illud, supra ad leg. Aq.* Isto modo ne sit fortasse satisdatio, ubi pignoribus cavetur, si verbum urgere volumus: at si rem spectabimus, non minus pro satisdatione id habendum est, quia in eo aut par, aut etiam major cautio est. Et si quidem eadem esset cautio in pignoribus, non negem ego pignorum dationem pro fidejussoribus et justa satisdatione haberi oportere. Sed hoc ita est: non tantum inest cautionis in pignoribus cum ad rei præstationem, tum ad sensum et votum creditoris, quantum in fidejussoribus: ut dicendum sit pignorum cautionem neque ad verbi significationem, neque ad legis sententiam satisdationis verbo contineri. Pignora interire possunt, etiam si diligenter asserves, fidejussoris obligatio nec cum morte fidejussoris interridit, sed transit ad quosvis heredes; denique non exstinguitur, nisi solvendo. Pignora si exstent, et his incumbat creditor: tamen molesta sæpe eorum custodia est: utpote quæ non minus diligenter servare et curare de-

beat, quam diligens paterfam. in suis reims versari solet. *L. ea igitur, supr. de pig. act.* Nulla custodia fidejussorum creditori præstanda est. Adde, quod debitore absente aut frustrante ut interest creditoris suum consequi ita pertinet ad nonnullam ejus existimationem habere eos, quibuscum de debito possit agere, qui vel debitum agnoscant, vel neganter, cum judicio convicti fuerint, condemnentur, ut omnes scire possint nihil creditorem calumniose petere, sed solum quod sibi jure debeatur. Id autem præstabunt fidejussores qui de pecunia non minus conveniri possunt. Nihil tale præstare possunt pignora, præsertim si quis ea possidebit. Atque hæc cum ita fieri omnium creditorum, qui hominum de se judicium non negligunt, interest, tum maxime Magistratus in prætoriis stipulationibus quæ quoniam jubente Prætore interponuntur, ideo ad auctoritatem ejus et fidem pertinere videtur judicio intelligi, quam recte de re satisdatione cautum sit: quod facilius obtinebitur, ubi plures erunt, qui periculo suo ad defensionem sui excitentur. Adde et illud, quod fidejussoribus datis facilius et minore molestia sua ad suum pervenire poterit creditor; erunt enim, qui pro creditore solliciti sint de pecunia, qui reo instent, ut ille solvat, quo citius ipsi fidejussionis periculo liberentur. Pignora negligentem et securum reum excitare non possunt. Creditor pignora distrahet, dices. Sed hoc humanis creditoribus grave est statuere adversus debitorem: neque tam cito, aut etiam sine molestia consequuntur, ut vendant, si bona fide et solemniter instituunt vendere, ut jus jubet. *L. 4. L. quæ specialiter. C. de dist. pig.* Proinde mirum videri non debet, si satisdatione edictis Prætorum injuncta in re aliqua respondeatur a veteribus, ibi personas desiderari intervenientium: pignoribus autem, aut alterius cujuslibet rei depositione in vicem satisdationis neminem fungi posse. *d. L. 7. infr. de præt. stip.* Non nego pignoribus recte et idonee caveri, non secus ac fidejussoribus cum de debito solvendo agitur; quod quibusdam locis expressum est. *d. L. 4. §. addidi, supr. de fid. lib. d. L. 1. §. jubet, supr. supr. de coll. bo.* Sed in cautionibus idonei nihil prohibet unam alteram esse quibusdam in rebus majorem, et ad honeste suum consequendum procliviorem: qualem esse fidejussoriam supra diximus. Non me movet, quod dicitur regula juris plus cautionis esse in rem, quam in personam. *d. L. plus cautionis infr. de reg. jur.* hoc enim de eo pignore dictum est, cui creditor incumbit, quodque placeat illi retinere ad cautionem, ne rem suam persequi cogatur. *§. furti, Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* at non semper pignori incumbit creditor; quod si sit, vel in eo minus cautionis erit in pignore, quam in fidejussoribus, quod cum de pignore æque judicio experiri cogetur adversus eum, qui possidet, uti agitur cum fidejussore: tum vero de pignore agendo nihil amplius consequetur, quam possessionem pignoris, cum si adversus fidejussorem agat, id ipsum quod sibi debetur, ab eo consequatur. Fingamus pignus penes eum esse: attamen non omnes existimant sibi expedire id fieri, propter molestiam ac periculum custodiæ, et administrationis. Venio ad satisfactionem, cujus argumento præcipue moventur plerique, ut quemadmodum pignoribus satisfieri legimus, ita putent et pignoribus non minus satisdare posse eodem modo dictum esse dicat, quo satisfacere. ut et Ulpianus in *L. 1. supr. qui sat. cog.* quod nos negare videmur. Sed ut intelligamus, quam satisfactionis argumentum nihil ad rem pertineat, de verbo satisfactionis duo doceo; primum pignoribus datis non satisfieri invito: ut si quis dicat ista esse eadem, satisfactionem, et satisdationem; tamen consequens sit, nec datis pignoribus invito satisdari. Deinde etsi concesserimus pignoribus datis satisfieri creditori invito, non tamen hinc effici atiam eodem modo recte satisdari: † quia aliud sit satisdatio, aliud satisfactio, et ita aliud, ut sint hæc pene contraria. Nego pignoribus datis satisfieri invito creditore. Nam neque pignora, neque ullam aliam rem danda pro eo quod debetur, aliter satisfacit debitor creditori, quam si hic voluit. *L. si rem. §. omnis, supr. de pig. act. L. item, §. 1. supr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* de quo mox plura. At volenti saltem satisfit pignorum datione, non nego; sed de eo nunc non agitur, sed de invito, et eo qui non admittat, nisi fidejussores, nam si de volente quæritur, etiam pignoribus datis recte satisdari volenti certum est: cum etsi creditor, cui satisdari debuit, nuda repromissione debitoris contentus sit, pro satisdatione id haberi debeat. *L. ult. §. si legatarius, supr. quod leg. L. satisdationis, infr. de verb. sig.* Atque hæc ita sunt, etsi quis eadem ista esse concesserit, satisdationem et satisfactionem. Ego autem longius progredior; aio non modo ista non esse eadem, sed nec satisdationem esse speciem satisfactionis, aut satisfactionem speciem satisdationis: denique sic ista esse dissimilia, ut toto genere different: ut dicendum sit, quamvis quis in pignorum datione satisfactionem admiserit, non ideo tamen ad

satisdactionem id transferri debere. Id ex his planum fiet. Satisdatio enm exigitur lege satisdamus etiam invito creditore: cum autem exigitur aut admittitur satisfaetio, volenti et admittenti satisfacimus, invito nunquam. Ut pota, edicto Prætoris de procuratoribus exigitur satisdatio a procuratore actoris, itemque a defensore, qua præstita et ille ad agendum alieno nomine, et hic ad reum defendendum admittitur; uterque de eo cavendo, de quo agitur, et eo nomine dando fidejussores satisfacit edicto, etsi creditor eam cautionem non admittat. *L. sed et hoc §. defendere, supr. de proc.* idemque in similibus omnibus caussis, in quibus satisdatio exigitur, servatur. *L. ult. supr. quod leg. L. 5. §. ult. L. si fidejussor, supr. qui sat. cog.* At si edictum satisfactionem admittat, quale est edictum de pignoraticia actione quo proponitur, ea actio, si omnis pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum: *L. si rem, §. omnis. supr. de pig. act.* nunquam creditor aliud offerendo, quam debetur, puta fidejussores aut alia pignora, satisfacere intelligitur, et pignus liberare, nisi creditor pro solutione id admittat. *d. L. si rem, L. omnis. L. item. §. 1. supr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* quippe ita verbum satisfaciendi acceptum est, ut satisfacere alicui sit, cum pro eo quod a nobis petit contentum reddere, ut hic, et *d. L. 1. supr. qui sat. cog.* Contentum autem unumquemque ita reddimus, si consentiat, non si repugnet. Sane si quis constituat se satisfacturum, liberatur quamvis invito creditore, si fidejussorem det, aut pignora. *L. promissor. 21. §. ult. supr. de const. pec.* Sed hoc ideo placuit, quia actum esse intelligitur: cum enim de solutione constitutum accipi non debeat, restat, ut de idonea cautione intelligatur, ne promissio sit inutilis. Jam vero satisfacere non est tantum aliud præstare volenti, sed ita præstare, ut creditor ea re contentus una discedat vel ab obligatione principali, vel a pignore, aut alia accessione. *d. L. si rem, §. omnis, de pig. act.* Denique satisfacere est aliud pro alio præstare, atque ita voluntate creditoris liberari: unde et satisfactio pro solutione esse dicitur. *L. satisfactio, infr. de sol.* Quod ni ita esset, non eodem modo liberaretur pignus satisfactione ex edicto Prætoris, ut liberatur pecuniæ solutione. At satisdatio, quæ hic definitur, et in *d. L. 1. qui sat. cog.* tantum abest, ut sit pro solutione et liberatione debitoris, ut potius ad obligationem principalem confirmandam accedat. Inde enim quæ personæ in satisdatione dantur, dicuntur in *d. L. 1.* fidejussores, et hoc loco adpromisso res: ut intelligamus manere principalem obligationem, non tolli, atque ita manere, ut adhibeantur amplius, qui idem promittant et fide sua confirment. Et sane quisquis ad obligationem addit fidejussores aut pignora, eum dici cavere legimus, satisfacere nequaquam. *d. L. 1. §. jubet. supr. de coll. bo. d. L. 4. §. addici, supr. de fid. lib.* Quid sibi vult igitur verbi compositio, quæ in utroque videtur esse similis: negari enim non potest, quin in utroque insit, quod sit satis creditori. Quid est præterea quod hoc loco, et in *d. L. 1. supr. qui sat. cog.* aperte dicitur satisdatio eodem modo appellata esse quo satisfactio? An possunt res tam diversæ, et significatione tam dissimiles, quam supra ostendimus eodem modo appellatæ esse? Dicamus igitur in eadem appellatione et notatione verborum, quæ rerum notæ esse debeant, res non tantum diversas sed etiam contrarias significari: quod absurdum videtur. Et de compositione ac notatione horum verborum hoc responsum sit, inesse quidem satis in utroque, ut sit in utroque id, quod modo diximus, idest, quod sit satis creditori et hactenus utrumque convenire. Sed hoc distant, ex quo quod proprium est cujusque spectatur, quod præterea in altero inest dare in altero inest facere. Et dare quidem satis quid sit, supra diximus; satisfacere autem est, facere quidvis, non quod pertineat ad dationem rei, sed quod alias satis sit ad voluntatem et desiderium implendum creditoris: ut traditur in *d. L. 1. supr. qui sat. cog.* et ut hoc loco, ad creditorem contentum reddendum. Quod autem his locis dicitur satisdare eodem modo appellatum esse, quo satisfacere, videndum est in eo, quis si Pomponii et Ulpiani satisdationem definientium scopus, ut quantum ad institutum eorum facit, tantum eos sensisse, et dixisse intelligamus. Nimirum docere volunt, quamobrem satisdare esse dicant, cavere fidejussoribus datis. In eo hæc erat dubitatio: quæreret enim aliquis, quid commune habeat dare, aut etiam hoc *satis* cum fidejussoribus. Docent igitur id recte dici, et ex significatione et ratione verbi: quoniam qui fidejussores dant, ita cavent, ut in ea datione contentum reddant creditorem quia reddunt securum: hoc autem significat verbum, *satis;* quod ex verbo satisfaciendi probant. Ita in summa hoc sentiunt, utrumque eodem modo esse appellatum, sed ex parte, non per omnia, quod vel cæco apparet: habet enim utrumque satis: sed in altero damus, in altero facimus, non damus quibus rebus quam maxime distinguitur

istorum significatio, ut dixi. Sed ad quod ad omnia quæ discernimus, semel evertenda videatur sufficere, objicitur nobis hoc loco. *L. promissor*, 21. §. *ult. supr. de cons. pec.* ubi in Pandectis Florentinis ita legitur: *Si quis autem constituat se satisdaturum, fidejussorem vel pignora det non tenetur; quia nihil interstit, quemodmodum satisfaciat.* Quæ si vera est lectio, nihil caussæ est, cur non superiora omnia commutemus, quæ tamen usque
5 adeo vera esse ostendimus. † Sed in aliis exemplaribus ita legitur. *si quis autem constituat, se satisfacturum:* et quidem manifestum est ita legi debere. Alioqui ineptissima erit Pauli ratio, qui ex vi satisfaciendi, et ex satisfaciendi modis argumentatur, ut probet in proposito esse constituto satisfactum. Erat igitur de satisfaciendo posita quæstio non de satisdando; alioqui in promptu esset ita dicere: non si satisfit pignora, aut fidejussorem dando, ideo qui promisit se satisdaturum, alterutrum dando liberatur; prius enim probare oporteret idem esse satisdare, quod satisfacere; quod ille non fecit, et ex edicto de pigneraticia actione perspicue falsum esse convincitur, ex quo qui pecuniæ nomine satisfecit, pigneraticiam nanciscitur: quod nemo de eo dixerit, qui de eo quod debet, satisdederit, idest, idem promiserit datis fidejussoribus; id enim cum obligationi accesserit, non est ab obligatione recessum *L. 4. §. si ex conventione, supr. de re jud.*

Ad §. *Si sortem.*

Si sortem promiserit: et si ea soluta non esset, pœnam etiam si unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec portio coheredis solvatur. Idemque est de pœna ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiæ judicis: sed a coherede ei satis fieri debet. Nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest.

SUMMARIA.

1. *Eo, qui sortem sub pœna promisit, duobus heredibus relictis defuncto, quorum unus portionem suam ex sorte solvit, alter non solvit, quatenus et adversus quos pœnæ committatur.*
2. *De pœna ex compromisso, si unus ex promissoris heredibus paruerit, alter non paruerit sententiæ arbitri.*
3. *Distinctio* §. Cato, *L.* 4. supr. *et* L. si servus, §. 1. supr. si quis caut. *cum Pomponii sententia conciliata.*

1 Sortem quis promisit, et si ea soluta non esset, pœnam. Is decessit duobus heredibus relictis, unus portionem suam ex forte solvit, alter non solvit. De pœna quæritur, quatenus, et adversus quos committatur. Ac de eo qui non solvit, non dubitatur, quin pœnam debeat, et debeat pro parte tantum hereditaria, sive qui dixerit pro parte tantum ejus commissam esse de sententia §. *Cato, L.* 4. *supr.* sive commissam esse in solidum. Nam et tunc sic committitur in solidum adversus omnes, ut tamen non teneantur singuli, nisi pro portione, ut hic scriptum est, et de obligationibus faciendi in *L.* 2. §. *item si in facto, et L.* 3. *supr.* De eo qui partem suam ex forte solvit, quæritur, an etiam pœna committatur adversus eum, ut et hic quoque pro parte pœnam debeat. Et non teneri eum pœnæ nomine quis dixerit. Non enim adjicitur pœna, nisi debitoris aut heredum ejus coercendorum caussa, si quid fecerint, aut non fecerint contra stipulationem. Denique non est pœna nisi delicti pœna. §. *ult. Inst. de leg. L. aliud est fraus, infr. de verb. sig.* Nihil autem deliquisse videtur, aut adversus stipulationem fecisse heres, qui portionem suam ex sorte solvit. Sed placuit etiam adversus hanc pœnam committi, donec portio coheredis solvatur, sic tamen, ut ei a coherede satisfieri debeat: in quo cum hoc loco convenit *l. heredes*, §. *idem juris, supr. fam. erc.* et *L. in exsecutione.* §. *pen. infr. eod.* et additur ratio hoc loco, quia aliud

in his stipulationibus statui non possit sine injuria stipulatoris. Recte. Quod enim efficit jus et conditio stipulationis, necesse est ex ea pœnam committi omnibus, heredibus si in persona omnium conditio exsistit pœnalis stipulationis. Id enim conditione actum est; §. *sub conditione, Inst. de verb. obl.* Atqui hoc in hac specie contigisse apparet, si quis modo paulo propius attenderit. Pœna enim promissa est sub conditione, si sors soluta non esset. Sive proponas detracta heredum mentione ita conceptam esse conditione, si sors soluta non erit, sive mentionem heredum factam hoc modo, si sors neque a me, neque ab herede meo soluta erit: semper uno non solvente verum erit sortem non esse solutam, neque ab eo, qui nihil solvit, neque ab eo qui solvit: hic enim non sortem solvit, sed partem; pars sortis sors non est. Quapropter et in proposita stipulatione conditione stipulationis exsistente, pœnam ab omnibus heredibus de sententia contrahentium committi necesse est. Quod si jure committitur, neque id subtilitate verborum fit, sed quia id actum est, et nemo heredum stipulationi paruit, ei autem in solidum pareri stipulatoris interest: perspicuum est non sine manifesta stipulatoris injuria fieri posse, si quod illi conditio stipulationis tam aperte dat, id ei invito adimatur.

2 † Idemque est, inquit Pomponius de pœna ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiæ judicis. Propone hoc modo; petebat aliquis a debitore centum: cum de his esset controversia, sumpserunt litigatores de ea re arbitrium, quem hic appellat judicem, et in eum compromiserunt, idest, simul ambo alter alteri stipulanti vice mutua promiserunt se sententiæ arbitri staturos, ac nisi stetissent, pœnam. Arbiter reum condemnavit, jussitque centum solvere, quæ ab eo petebantur. Is eum decessisset duobus relictis heredibus, unus sententiæ paruit, idest, partem solvit, alter non paruit, idest, non solvit partem. Sentit Pomponius etiam eum, qui partem solvit, nihilominus pœnam ex compromisso debiturum, eadem ratione nimirum, qua supra usus est, quia et hic eadem plane stipulatio sit, et sortis et pœnæ, quæ initio extra compromissum proposita est. Non adversatur huic sententiæ, quod dicitur stipulationem quantitatis recipere divisionem, ut in promissore, sic multo magis in persona heredum ita, ut quemadmodum tantum partem singuli liberentur. *L. 2. 1. supr. eod.* Id enim dicitur cum hac exceptione, nisi obstet lex et conditio obligationis, quominus stipulatio dividatur, ut in *d. L. 2. §. 1.* docuimus. Ex hoc autem genere esse ibi quoque diximus pœnæ stipulationem, de qua hic agitur, quod quam recte dixerimus, ex his quæ modo probavi de conditione hujus stipulationis, intelligi potest. † Duo sunt præcipue, quæ superiorem 3 sententiam perplexam reddunt: §. *Cato, L. 4. supr. eod. et L. si servus, §. 1. supr. si quis caut.* sed maxime §. *Cato.* de quo prius videamur. Illic Catonis definitio est, si unus ex heredibus promissoris contra quam cautum est, fecerit, si id factum de quo cautum est, dividuum sit, eum, qui contra fecerit, pœnam pro parte tantum sua committere, cæteros, qui nihil fecerunt, non teneri. Idque confirmatur ibidem a Paulo exemplo ejus stipulationis, Titium heredemque ejus ratum habiturum ex qua solum eum teneri ait, qui non habuerit ratum non etiam cæteros coheredes. Utrum rem, an factum promissum dicas, si utrumque pariter dividuum sit, nihil interest; nam et in faciendi obligationibus, si factum non sit, quod promissum est, pecunia debetur ejusque petitio non secus divisionem recipit, quam si aperte pecunia ipsa in stipulatum deducta esset. *L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, infr. eod.* Non est etiam, quod eo nunc quisquam confugiat, ut dicat pœnam hoc loco nulla heredum mentione facta esse promissam, ideoque unius cessatione pœnam in solidum adversus omnes committi: in stipulatione autem a Paulo proposita mentionem heredum fieri: proinde et eorum enumeratione stipulationem inter heredes esse divisam. *L. cui fundus, supr. de cond. et dem.* Etsi enim in exemplo facti promissi, quo Paulus utitur heredum mentio non fieret: tamen solus teneretur pro portione sua qui contra fecisset, ut definitione superiore Catonis declaratur, qui nullam mentionem heredum in exemplis a se allatis fecit. Et quamvis id ita non esset: tamen nihil hoc ad explicationem hujus loci pertineret. Proponitur hoc loco simpliciter sors esse promissa, non autem ita. promitto me heredemque meum decem daturum. Esto: at non eo minus pœna adversus omnes committeretur, etsi in concipienda stipulatione heredum mentio facta esset, et unus tantum portionem suam solveret: semper enim verum esset exstitisse conditionem totius pœnæ, ac ne eum quidem, qui partem solvit, stipulationi paruisse, ut supra dixi. Quid ergo est? Nihil est explicatu facilius, si observetur in definitione Catonis, et tota disputatione illa Pauli agi de stipulationibus, quæ sunt in non faciendo: hoc autem loco de

stipulatione, quæ in dando aut faciendo est; et simul in pœnalibus stipulationibus, quæ utrique huic generi subiiciuntur, quam sint dissimiles facti conditiones, et quid contineant, consideretur. Sic enim intelligemus ubi ab uno impleri possint pro parte tantum ejus, ubi contra non possint impleri, nisi ab omnibus, eademque opera ubi uno tantum contra faciente alias committatur stipulatio pro parte, alias non nisi in solidum. Ergo cum quis promittit se quid non facturum, et si contra fecerit, pœnam, observetur pœnalis stipulationis hanc conditionem esse, si quid factum sit. Cum autem promittit se quid daturum aut facturum, et si non dederit, fecerit, promittit pœnam, observetur hic contra promitti pœnam sub contraria conditione, nempe hac, si quid factum non sit. In priore conditione nihil prohibet, quominus unus ex pluribus heredibus quid faciat pro parte sua, alter non faciat, id est, quominus unus committat adversus se stipulationem alter non committat. In posteriore conditione id evenit, ut nisi id totum fiat, quod in conditione positum est, verum sit id factum non esse, eoque et conditio in totum exsistat, proinde etiam exsistat adversus omnes de tota stipulatione videlicet. Quæ si ita sunt, merito ex hac posteriore pœnam debebunt omnes: quia omnes ex æquo stipulationi non paruerint, ut hic responsum est. Ex priore autem illa: unus ex heredibus contra faciendo solus tenebitur, quia solus fecerit: et tenebitur, pro portione tantum hereditaria, quia solum pro parte heres sit. Ipse vero promissor etiam pro parte contra faciendo totum pœnam committeret: quia verum est eum fecisse contra, quam cautum est, etiam si pro minima parte fecerit; hoc enim satis est, ut pœnam totum debeat, qui totam promisit, ne quid contra stipulationem faceret; quæ Catonis et Pauli sententia est de stipulationibus dividuis in non faciendo conceptis in *d. §. Cato*. Verendum est tamen, ne huic distinctioni obstet, quod Pomponius hoc loco scribit de pœna ex compromisso. Ait enim hanc deberi, etiam ab eo ex heredibus, qui sententiæ paruerit, ubi alter non paruit. At fieri potest, ut arbiter vetuerit actorem petere, ut jam obligatio, qua actor ex compromisso tenetur, sit in non faciendo, idest, in eo ne petat, quod illum arbiter petere vetuit. Et esset sane, cur id superiori distinctioni, et toti sententiæ tum Catonis, tum Pauli de stipulationibus dividuis in non faciendo conceptis aperte adversari putaremus, si hic locus Pomponii de ejus arbitri sententia accipi posset, qui quid peti vetuisset. Sed verba refragantur; is enim solum recte dicitur parere sententiæ, qui facit quod jussu est. Atqui id facere solum is intelligitur, qui jussus dare aut facere, id præstat, quod jussus est. Nam qui vetitus est petere, etiam si hodie non petat, non ideo tamen dicendus est sententiæ arbitri paruisse; quia qui hodie non petit, cras petere potest, ut non minus contra sententiam faciat. Restat *L. si servus*, §. 1, *supr. quis caut.* Promisit quis una stipulatione se plures servos judicio stiturum, et nisi stitisset, pœnam; deinde quosdam stitit, quosdam non stitit, idest, ex parte fecit, quod promisit, ex parte non fecit. Illic scriptum est pœnam integram committi, et si unus status non sit, ut hoc loco in simili specie stipulationis pœnalis fieri dicimus; sed illic adiicitur, si pro rata unius pœna offeratur, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione conveniatur. Admittunt quidam et in specie hoc loco proposita idem esse probandum: quod et ratione hujus loci, et actione proposita ei, qui coactus totum solvit, satis refellitur. Primum Pomponius rationem reddens sententiæ suæ, nisi stipulatori totam pœnam petere liceat, injuriam stipulatori fieri ait, non ergo petenti doli exceptio ostabit. Bene enim Duarenus doli exceptionem ait ad iniuriam depellendam, non ad eam inferendam comparatam esse, *L. 1. supr. de dol. except.* Deinde si is, qui portionem suam solvit, conventus etiam alteram partem solverit, ne in pœnam incideret, datur ei actio familiæ erciscundæ adversus coheredem, ut eam partem ab eo recipiat. *L. heredes*, §. *idem juris*, *supr. fam. erc.* Non datur heredi adversus coheredum hæc actio de eo, quod heres solvere necesse non habuit, *d. L. heredes*, §. *si unus*, *supr. fam. erc.* Non haberet autem necesse heres totam summam solvere, si parte sua soluta exceptione doli tutus esset, ne alteram partem solvere, aut pœnam præstare cogeretur. Sic ergo in proposito uno tantum ex heredibus portionem suam solvente, pœna etiam adversus eum committitur, ut pœnæ petitio nulla exceptione removeatur. Ita illud manet, in hac specie ubi pars tantum data non est ejus, quod totum dari ex stipulatu debuit, nihilominus pœnam committi in solidum idque utiliter: in eo autem, qui plures servos se stiturum promiserat, pro rata tantum parte ejus, quod ex stipulatione factum non est, pœnam utiliter peti posse, ex dicta *L. si servus*, §. 1. An dicemus in hac posteriore stipulatione ideo pro iis servis, qui stati non sunt, non posse pœnam peti utiliter, quia enumeratione plurium servorum, de quibus sistendis cautum est, divisa sit

conditio ? Argum. *L. cui fundus, supr. de cond. et dem.* Recte hoc diceretur, si pluribus personis esset conditio adscripta, ut scriptum est in dicta *L. cui fundus.* Nunc autem in stipulatione de servis pluribus sistendis, ut unus est promissor, qui promittit sisti ; ita unius ejus personæ conditio pœna adscribitur, nempe hoc modo, si ille non stiterit; ut vel ex eadem *L. cui fundus*, recte ita dicturi simus, si conditio summæ tunc dividitur, cum pluribus personis iniuncta est, satis esse argumenti, si uni tantum sit adscripta, si quid non faceret, conditionem non dividi. *L. 1. ver. hujus, supr. de offic. ejus cui man. est jur.* Et certe ita dici necesse est, si quod dicitur in dicta *L. si servus*, §. 1. tueri volumus. Illic enim traditur pœnam integram committi, etsi unus tantum status non esset. Id falsum est, si pro numero servorum et conditio, et pœnæ præstatio dividitur. Dici enim oportuit pro rata tantum ejus, qui status non est, pœnam committi ; pro his autem, qui stati sunt, non esse commissam. An potius dicemus in stipulationibus prætoriis, qualis est judicio sisti, humaniorem interpretationem admitti, quam in conventionalibus. Ego didici id non aliter fieri debere, quam si Prætor id senserit, quod accipiendum esse dicimus : propterea quod dicuntur prætoriæ stipulationes legem accipere de mente Prætoris, qui eas proposuit, *L. in conventionalibus, infr. eod.* Ita eveniat, ut si pœnam dicimus pro iis servis, qui stati non sunt, peti non posse, dicendum sit hanc quoque esse Prætoris mentem, ne petatur. At hæc si mens est et sententia Prætoris, oportet stipulationem pœnæ eatenus non committi ipso jure. Ut enim ex conventionalibus stipulationibus, quæ ex mente et sensu contrahentium valent, contra id, quod aperte actum est, et sensum a contrahentibus, nulla obligatio contrahitur; *L. 3. §. ult. supr. prox. tit. L. eum qui calendis, supr. eod. L. semper in stip. infr. de reg. jur.* ita ex prætoriis, quæ ex mente Prætoris accipiendæ sunt, contra quam ille senserit nihil deberi oportet. Nunc autem in *d. L. servus*, ubi vel unus ex pluribus servis status non sit, dicitur nihilominus pœnam integram committi. Ex quo intelligi potest contrariam interpretationem non tam esse ex mente Prætoris, quam contrahentium; alioqui nec in solidum contra mentem Prætoriis stipulatio committeretur : ita fieri, ut interpretatio contraria non magis in prætoriis admitti debeat, quam in conventionalibus. Finge enim et extra judicium inter consentientes eandem stipulationem esse contractum de pluribus servis sistendis, et omnes præter unum statos esse, non dubito, quin et in hac specie idem respondere debeamus, quod de pluribus, de quibus judicio sistendis cautum est in *d. L. si servus.* Tutius est igitur, ut hic dicamus, quod in simili re, et quidem in stipulatione conventionali, non prætoria scriptum est in *L. 3. supr.* ubi hunc locum pluribus exposuimus, verbis quidem et conceptione conditionis stipulationem pœnæ in solidum esse commissam, ubi non omnes servi stati sunt, qui sisti debuerunt, et si unus forte tantum status non sit ; verum pro his, qui stati sunt, ideo competere doli exceptionem, quia hactenus non sit æquum et bonum reum condemnari; et ideo non æquum, quia eatenus nihil intersit actoris, ac ne interesse quidem possit, eoque nec ex mente contrahentium, ut eo nomine pœna debeatur.

Ad L. *Is quis.* 6.

Ulpianus *libro primum ad Sabinum.*

Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit: tradere vero non potest, vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit: sicut nec pro furioso.

S U M M A R I A.

1. *Is cui bonis interdictum est, nec testamentum condere, nec res alienare, nec obligari, nec in universum deminuere patrimonium potest.*
2. *Cui bonis interdici possit, et quis prodigus.*
3. *Interdictio iniuste facta, an præjudicet.*
4. *Per quos interdici possit.*
5. *Quando bonis interdictum intelligatur.*
6. *Lege dari aut fieri in usu juris quid.*
7. *An prodigo eo ipso, quod prodigus est, an vero ita, si prius prodigus sententia Magistratus declaratus fuerit, interdicatur.*
8. *Furiosus cum prodigo comparatus.*
9. *Pupillus cum prodigo comparatus.*
10. *Refutantur argumenta, quæ in administrationis interdictione Magistratus declaratione exigere videntur.*
11. §. Item prodigus, Inst. Quib. non est permis. fa. test. *explicatus.*
12. *Interdicere bonis quid.*
13. *An usque eo producenda sit Interdictio, ut ne acquirere quidem sibi possit prodigus, et meliorem conditionem suam facere.*
14. *Ejus; cui bonis interdictum est; nullam voluntatem esse, quomodo accipiendum.*
15. *An cui bonis interdictum est, si obligari velit, ne naturaliter quidem obligetur: et cur hac in re furioso similis: non pupillo.*
16. L. Marcellus, infr. de fidejussor, *explicata.*

1 In bonorum administratione cum de testamento faciendo, de rebus alienandis de patrefamilias obligando, et in universum de deminuendo patrimonio agitur: variis locis constanter traditum est, eum cui bonis interdictum sit; nihil istorum facere posse, ut non prodigi aut alterius cujuspiam certæ personæ appellatione juris auctores uterentur in hujus rei definitione, sed his verbis: Is cui bonis interdictum est. ut *L. is cui, supra qui test. fa. pos. L. Julianus. supra, de cur. fur. et hac L.* In quo tractatum est ab his ipsis juris auctoribus, quid efficeret hæc interdictio in bonorum administratione, quod præcipue hoc loco exemplo stipulationis declaratur. Sed prius est, ut in hoc jure constituatur, eum cui bonis interdictum est, quem intelligere debeamus. Quod a veteribus prætermissum esse verisimile est, quia illorum temporibus, quisnam is esset, satis constaret. Nobis ab illorum ætate tam longe remotis difficilius ipsorum scripta fecere, quæ ut in Pandectas relata sunt, ejusmodi sunt, ut non abs re in diversas sententias trahi soleat. Atque in eo hæc dubitatio est: legimus enim Interdici bonis prodigo, sed an interdicitur soli prodigo? legimus præterea interdici lege, alibi per prætorem. An ergo sola lege interdicitur an vero nihil agitur, nisi interdicatur per Magistratum? Res sic commode explicabitur, si dixerimus, cui bonis interdici possit per quos interdici, et quando ab his interdictum intelligatur. Et certe tot sunt quæ in hac re explicanda quæri oporteat: Omnes enim intelligere debent, cum dicitur alicui interdictum, esse bonis, hoc sic esse accipiendum, non si quomodolibet interdictum sit, sed si jure. Nam et condemnatum eum accipimus, qui rite condemnatus est. *L. 1. §. condemnatum, supr. de re jud.* Et rem judicatam, quæ rite judicata est. *L. 4. L. ex stipulatione, C. de sent. et int.* Iure autem alieni sic interdictum intelligitur, si interdictum est, et cui oportet, et a quibus oportet. † Ac si quæri- 2
tur, cui oporteat, prodigus est, et is solus, cui interdicatur bonis. Huic quidem bonis interdici constat. *L. 1. L. pen. §. 1. supr. de cur fur. § item prodigus, Inst. quib. non est per.*

fac. test. Est autem prodigus, *Ulpianus* in *L. supr.* de cur. fur. *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed sua dissipando et dilacerando profundit.* Sed an solus prodigus in hoc numero? et non est alius, cui legamus lege bonis interdici, nec vero est etiam alius, cui interdicatur. Nam pupillis, minoribus, mutis, surdis, etsi plena non tribuitur bonorum administratio, non tamen his plane bonis interdicitur. Furiosis et infantibus omnis administratio, adempta est: sed adempta natura, non interdicta lege. Itaque cum cui bonis interdictum est, ubique legimus distingui a furioso, ut hac *L. et L. furiosi, infr. de reg. jur.* Illud constat, ei qui intelligat, quid agatur, et sit sanis moribus, jure bonis interdici non posse, adeoque id verum est, ut si cui ab initio curator recte datus sit tanquam prodigo, qui et vere esset prodigus, si is deinde sanos mores receperit ipso jure desinat esse in potestate curatoris
3 *L. 1. supr. de cur. fur.* † Quid ergo, si per prætorem interdictum sit ei, qui prodigus non esset? Et probandum est ad hoc saltem interdictionem valere, ut decreto Magistratus et interdictioni stetur in re dubia, ac quamdiu non probetur aperte eum, de quo quæritur, prodigum non fuisse, tamdiu is pro prodigo habeatur. Nam de hac interdictione. Prætoris ita disseritur in *L. Julianus, supr. de cur. fur.* quasi hæc pro justa interdictione bonorum administrationem adimat. Sed hoc sic accipiendum, inquam quamdiu nihil contra de sanis moribus ejus, cui interdictum est, probabitur. Quod si aut Magistratui obreptum erit a cognatis, aut Magistratus iniuriam facere voluit, idque probabitur, dicendum est nullius momenti esse interdictionem. Nam si interdictio, quæ ab initio constitit ob id, quod quis esset prodigus, rescinditur tamen, si is cui interdictum est, prodigus esse desierit, ut modo diximus; quanto magis irrita erit interdictio, quæ in eum constituta est, qui jam tum, cum ei interdicebatur, prodigus non fuerit? facilius enim quid justis ex caussis prohibetur ab initio, quam recte constitutum ex iisdem caussis dissolvitur. *L. patre, supr. de iis, qui sunt sui, vel. al. jur.* † Per quos recte in- 4
terdicatur bonis prodigo, videndum est. Et per prætorem, seu Magistratum, qui tanquam prodigo curatorem dabit, recte interdici constat; *L. Julianus, L. pen. §. 1. sup. de cur. fur.* cujus interdictionis quæ vis sit, supra ostendimus. Etiam lege interdiri scriptum est in *L. 1. supr. eod. L. is cui, supr. qui test. fac.* nec vero dubitari debet, quin si Magistratui licet interdicere, multo magis liceat legi; cum hanc potestatem a lege accipiant Magistratus. † Sed hoc habet (1) 5

(1) Vaga quæstio est, in qua eum nostro statuunt, Rob. 2. *rec. lect.* 34. Fa bin. 2. *contr.* 63. Sed opinio requirens decretum magistratus, receptior, Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 31. Vigl. *in* §. 2. *I. Quib. non est permiss. n.* 3. P. Gregor. 13. *synt.* 6. *n.* 4. Duar. et Cujac. *ad. L.* 6. *de V. O. et* Cujac. *ad L.* 18. *de testam.* qui tamen olim ex jure 12. tab. interdictionem factam ac curatorem datum lege admittit, Dauth. *de testament. n.* 122. requirens, etiamsi notorium sit, Bronch. 1. *Axiom.* 34. Forst. *de Pact. C.* 5. *pag.* 130. *et seqq.* Setser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 5. *n.* 17. *et seqq.* fuse hinc inde disputans. P. Gilken. *de Præscript. P.* 3. *C.* 2. *n.* 53. *et* multis *seqq. ac* Gœd. *de contr. stipul C.* 7. *Concl.* 10. *n.* 134. *et seqq.* Mediam sententiam in eo, ita ut quæ plerique confunduntur, declarationem prodigi, interdictionem et curatoris dationem sejungenda statuam. Unde rem quadruplici distinctione totidemque conclusionibus sic expedio: I. PRODIGUS EST ET CONSTITUITUR SUIS ACTIBUS, ipsa nimirum profusione, petulantique in facultates suas grassatione. Quia enim vitium est, ideoque habitus, prodigalitas non aliena cujuscunque declaratione, sed propriis actibus acquiritur. II. DECLARATIO PRODIGI SEMPER, et antiquissima decem virorum et media jurisprudentiæ ætate, FACTA SENTENTIA MAGISTRATUS, PRÆVIA CAUSSÆ COGNITIONE. Ea enim res cum ex circumstantiis dependeat, facti non juris est, proinde nulla lege aut juris regula definiri potest, arg. *L.* 32. *de Usur.* Nec de eo statui quidquam potest nisi probe perpensis facultatibus, consideratisque aliis, in quos usus profusiores impensæ erogatæ etc. Quia prodigalitas, ut recte Gœd. *d. lo n.* 148. ex tali facto proficiscitur, quod pro varia personarum, temporum, rerum, caussarum, qualitatum, quantitatum, eventuum, locorum circumstantia virtutem sapere potest. Declaratio itaque efficiet non ut sit prodigus, sed ut habeatur ac sciatur, utque de facto constet. III. Concl. CONSTITUTO ITA ET DECLARATO PRODIGO, FIT INTERDICTIO ET OLIM ET HODIE LEGE. Atque hactenus nostro assentior, sicque tex. *L.* 1. *de Cur fur. et L.* 18. *de testam.* exaudio, interdicitur adhuc hodie in præsenti, *lege* ipsa. Incommode Gœd, *d. loc. n.* 53. idest a prætore ex speciali concessione legis non jure magistratus. Hac enim ratione dici posset lege dari tutorem qui a magistratu, per *L.* 6. §. 2. *de tutel.* Quod quis admittet? Deinde nec probatur hoc a lege specialiter quibusdam magistratibus concedi. Denique nec adversativa vocula *sed* in *d. L.* 1. convenit *prodigo* scilicet quem talem esse constat, Neque enim Lex ipsa definiri potest quis

dubitationem, quando lex interdicat, vel potius quando interdictum velit bonis prodigo. utrum statim, ut quisque re vera erit prodigus, ut sic ad inhibendam bonorum

sit prodigus, nec in thesi, nisi generalissime *d. 1. pr. ibi qui neque tempus*, nec et multo minus, in hypothesi, quod Titius, Cajus sit prodigus. Rem simili gemino illustro. Mora perpetuat obligationem, certissima est juris definitio *L.* 88. *de V. O.* et quidem ipso jure. Quis autem moram commiserit, Lex definire nequit. *L.* 32. *de Usur.* certe non in hypothesi. Sed id ex re judici æstimandum. Sic etsi certo jure cautum ob insigniorem Vassalli ingratitudinem, feloniam vocant, Feudum domino aperiri, non tamen certis regulis concludi potest quisnam omnino ita sit ingratus. Et si aliquo modo in thesi id definitum, certe non in hypothesi. Unde sententiam declaratoriam requiri feudistici Interpretes contendunt, non qua fiat ut jure suo cadat; sed qua commissam feloniam constet, ut juris dispositioni locus sit. Quare et hic non est ea vis prætoriæ per se, ut luxurioso adimatur administratio, sed postquam ex decreto illo constare de facto cœpit, ipsa lex sua vi bonis interdicit *d. L.* 1. *d. L.* 18. Ac licet solemne Prætori ut et ipse sua sententia interdiceret, 3. *Sent. Pauli* 4. §. 8. Unde interdictio ad prætorem refertur. *L.* 10. *L.* 15 *pr. L.* 16. §. 1. *de Cur. fur.* tamen si eam declaratione sua exprimere negligeret, solum pronuncians, Titium prodigum videri, nullatenus dubitandum, Interdictioni legis nihilo secius locum fieri. IV Conct. ADMINISTRATIONE BONORUM JAM PROHIBITO DABATUR CURATOR OLIM LEGE, PROXIMUS AGNATUS, HODIE A PRÆTORE *d. L.* 1. *pr.* Atque in eo quoque cum nostro facio, quamvis is quadanteuus a se dissentiant, ut *supr. Lib. Civil. Comment.* 3. *C.* 19. *n.* 8. Discrimen hoc probat illa Horatii 2. Sat. 3.

. . . . . Interdicto huic omne adimat jus Prætor, et ad sanos abeat tutela propinquos.

Quibus ita positis operosum non est objecta nostri diluere. Et (1) quidem responsione non egere ex dictis liquet. Ad (2) Respon. licet L. non dicat, *convicto* tamen sententia legis alia non est, quam ut ei interdicatur non quem hic vel ille prodigum esse existimet, sed quem esse prodigum liquet. Paria enim sunt, non esse et non apparere. Planeque diversa est ratio deprehensæ in adulterio *d. L.* 43. §. *pen.* quam certo adulteram esse constat, etsi nec rea postulata fit; et prodigi qui ex uno vel altero profusiori actu æstimari nequit. Quid quod Donellus probationem poscit ab asserente prodigum fuisse, quocum contractum est. Quæ vero alia suppetit probatio? Non hic locus instrumentis, nec duorum triumve, licet non dubiæ fidei sint, assertionibus credi potest. Quis enim constante hoc hoc asseverabit, quam scientiæ rationem reddet? Curiosum certe et invidiosum privato in aliorum facta et et fortunas inquirere. Quin et harum sæpe iniqui æstimatores, qui ipsas tenent §. 3. *I. Quib. ex ca. man. L.* 10. *Quæ infr. cred.* At nisi his cognitis prius, nisi aliis etiam perpensis, quis sibi privatus hanc licentiam aliquem prodigum declarandi sumet. Sed nec communi rumori (sermoni disperso, cui malignitas plerumque initium dat. credulitas incrementum Quintil *Lib.* 5. *C.* 3.) ac indiscreti vulgi judicio nimium hic tribuendum, atque ita notorietati, ut vocant. Quia vix est ut non illud multis modis variet. Sint plures quibus hic prodigentior, ast aliis liberalis ac municus habebitur. Erunt forte et qui justo, tenaciorem putabunt. Ad (3) Respond. invertendo. Imo res hæc magni præjudicii: et ex parte contrahentium cum illo ob justam ignorantiam, quia non aspectui ita expositum et obvium hoc vitium, et non convenit de aliis esse curiosum. Et ex parte prodigi, tum ne temere a libera rerum suarum dispositione removeantur, tum ne existimationis notam incurrat, quæ hic vertitur Nam et olim decoctoribus, quasi maculosis, certus locus constitutus nec ex lege Roscia, in ludis et confessu theatrali iis sedere licuit in 14 ordinibus, Cic. *Philipp.* 11. Hot. 4. *Obs.* 6. ab Hadriano, auctore Ælio Spartiano in ejus vita, catamidiari jussi in amphitheatro, idest, publicitus deridiculo haberi, ut Erasm. *ib* Congna 9. *Com.* 4. *n.* 11. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revo. don. V. bona n.* 6. exponunt. Nec favor et commiseratio prodigi, qui odio ob perditos mores dignior, caussam dat huic juri, sed publica utilitas. §. *ult. I. de his qui sui*, ibi, *ne quis re sua male utatur.* At æque publice expedit ne quis bona fide contrahens indigne decipiatur. Quin etsi beneficium esset prodigi, tribuendum tamen sine cujusquam injuria L. 4. *C. de emanc.* Ad (4) Responde. Largior ego in eo convenire, quod æque utrique ipso jure interdicatur, sed cum jam constiterit illum esse furiosum, hunc prodigum. Furor ob oculos obversatur, nec quenquam latere potest, nec ulla in eo agnoscendo discretione ac judicio opus. Deinde nec in omnibus comparatio firma. Neque enim prodigus delinquens fert impune. Ad (5) Respond. Facilius ætas alicujus potest explorari, et certo cognosci aditis propinquis, etc. quam profusi mores. Quin imo si minor se majorem mentiatur, contrahente inscio, valet quod cum eo agitur. Obiici quoque solet. Interdictio sine decreto magistratus tollitur, *L.* 1. *pr. de Cur. fur.* Ergo per *L.* 35. *de R. Jur.* Respond. *I. ut not. supr. lib. Civil. Comment.* 3. *C.* 33. *N.* 1: (2) Etsi nulla sententia esset necessaria, *ut* Tiraq. *tr. Cess. Caussa P.* 1. *n.* 123. *et* 2. *seqq.* tamen promptior est rei

administrationem non sit exspectanda, certe non sit necessaria alia Magistratus interdictio; an vero tunc demum, cum et is, de quo quæritur, prodigus erit, et hoc amplius ei prætor tanquam prodigo bonis interdixerit. Et hoc posterius plerique omnes Accursium secuti acceperunt, atque ita statuunt, nisi per Magistratum interdicatur bonis prodigo, omnino interdictum non videri, sed quæcunque prodigus gesserit, perinde rata esse ante interdictionem omnia, ac si non dico non esset prodigus, sed etiam ac si quivis bonus paterfam. gessisset. Ego et verbis eorum locorum, qui de hac interdictione scripti sunt, et certa, ut mihi videtur, ratione moveor, ut contra putem: ut quisque prodigus erit, ita ei lege interdici bonis, et sola lege interdici, ut si interdictio Magistratus accesserit, bene sit, valeatque id ad eorum, qui cum prodigo contrahere volent, cautionem; sin minus, non ideo minus pro prodigo sit habendus, qui talis est, nec minus irritum sit, quod gesserit. Ulpianus in *L. 1. supr. de cur. fur.* ita scribit; *L. 12. tabularum prodigo interdicitur bonorum administratio.* Item in *L. is cui, supr. qui test. fac. pos.* negat eum testamentum facere posse, cui lege bonis interdictum est. Utrobique lege interdici ait, neque amplius, et quidem tunc, ubi de ea interdictione ex
6 professo agebatur. † Lege dari aut fieri aliquid cum dicitur, nec quidquam adjicitur, hoc dici in usu juris intelligitur, lege sola dari aut fieri sine opera et interventu alterius. *Legitimæ tutelæ*, inquit idem in *L. 1. supr.* de leg. tut. *Lege duodecim tabularum agnatis delatæ sunt.* Quid est *Lege?* nempe lege ipsa, et sola lege, non etiam testamento, aut a Magistratu. *Legitimos*, inquit, *tutores nemo dat: sed Lex duodecim tabularum facit tutores.* L. legitimos, *eod. tit.* Idem in *L.* 3. eod. *ergo manumissor*, inquit ex *Lege duodecim tabularum tutor est*, hoc sentit, sola lege tutor est, nec necesse est cum a Magistratu tutorem dari. Eadem legitimæ hereditatis significatio est: quam constat ita dici, quia lege deferatur, a lege veniat. *L. capitis, supr. de suis, et leg.* Atqui est, quæ ab intestato defertur, idest, defertur sola lege sine testamento. *L. illud, supr. de acq. her. L. 3. §. de illo. supr. pro soc.* Ergo ut hic nihil esset amplius, quam ut diceretur lege aliquid interdici; tamen hoc verbo lege admoniti intelligeremus interdici lege sola, nec prætoris interdictionem desiderari. Nunc autem addidit Ulpianus, lege interdici prodigo, prodigo, inquam, non prodigalitatis convicto, aut damnato. † Ex 7
quo intelligimus lege interdici prodigo hoc ipso, quod prodigus est, non autem ita, si prius prodigus declaratus fuerit sententia Magistratus. Non hæc mea collectio est, sed ejusdem Ulpiani in re non dissimili, in *L. palam. §. penul. supr. de rit. nupt.* Nam cum lege ita cautum esset, quæ in adulterio deprehensa est, eam quasi publico judicio damnatam, eoque et notatam esse, verbis legis motus Ulpianus hinc colligit, si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, eam notari: nec alio argumento utitur, quam quod verum sit eam in adulterio deprehensam, de damnata autem lex non loquatur, ut subjicit, quia factum lex, non sententia notaverit. Liceat igitur et de prodigo idem dicere; lege interdicitur bonis prodigo, ergo etsi prodigus quidem sit, talis autem pronunciatus non sit a Magistratu: tamen ei interdictum erit lege, quia lex prodigum, non sententia declaratum prodigum designaverit. Hæc de verbis eorum locorum, quibus de hac re cautum est. Nunc quam recte Magistratus declaratio et interdictio exigatur, rationibus, si placet, exquiramus. Hanc vero exigi aut iniquum, aut supervacuum: alterutrum evenerit, omnes concedent ejusmodi esse, ut exigi non debeat. *L. juris gentium, §. dolus supr. de pact.* Et aut interponetur Magistratus interdictio, aut non interponetur. Primum fingamus interponi: reperietur id esse supervacu[illegible] Quid enim, si hi, qui cum prodigo contra[illegible] scient esse prodigum? ineptum est cert[illegible]re eos, qui non ignorent. *L. 1. in fin. supr. de act. empt.* Quid, si nescient esse prodigum? tamen inutilis his erit non minus interdictio, si hanc intervenisse pariter ignorabunt. Quid, si sciant prodigo a Magistratu bonis esse interdictum? Prodesse fortasse his interdictio poterit, ut hac moniti ne cum prodigo quidquam negotii gerant. Sed nihil hoc ad rem pertinet, quærendum est in hac re, quid prosit prodigo, non quid aliis. Id enim agitur hac interdictione, ut prodigo consulatur, ne bona dissipet, non ut aliis; qui si ita contrahant cum prodigo, ut ejus meliorem conditionem faciant, ipsis nocet, quod gestum est, non prodigo, ut paulo post dicemus. Atqui nihil

reditus ad suam naturam et facilior absolutio *L. 47. de O. et A.* (3) Quis prodigus prius judicatus frugalitatis mores recuperet facilius a quovis dignosci potest, quam quis prodigus fiat, a privato statui.

potest prodesse prodigo Magistratus interdictio, ut sibi a bonorum dissipatione temperet, aut enim quid dicatur a Magistratu non intelliget, et frustra quidquam non intelligenti præcipitur: aut vero intelliget, et ea interdictione morbus animi irritabitur magis ad prodigendum, quam lenietur. Nota est humani ingenii contumacia egregie expressa illo versu Ovidii:

Nitimur in vetitum semper, cupimusque negata.

Atque hic morbus viget præcipue in hominibus mentis non sanæ, qualis est prodigus. Est igitur ita, ut si vere prodigo Magistratus bonis interdicat, sit inutilis interdicto vel his, quibus aliquid negotii cum prodigo esse potest, vel ipsi prodigo. Sed demus non esse inutilem, nunc quidem de interposita non agitur. Fingamus id, de quo quæritur, interdictionem Magistratus non intervenire, ac nihilominus ita exigi, ut sine ea rata sint omnia, quæ prodigus gesserit, hoc vero non iniquum tantum, sed etiam iniquissimum. Quid enim, qui re vera et palam prodigus est, an eo minus est prodigus, quia Magistratus eum talem esse non pronunciaverit? nihil hic facit Magistratus interdictio. Ut enim, qui non est prodigus, Magistratus sententia prodigum non facit: sic qui est prodigus, multo minus talis esse desinet, etsi quis eum talem esse ignoret, aut sciens taceat. Quam hoc vero inique statuitur, bonorum administrationem permitti prodigo ante interdictionem a Magistratu factam? Imo vero quam absurdum, quæ ab eo, quem constet esse perditis et dissolutis moribus, gesta sunt, perinde rata haberi, ac si ab homine sanæ mentis, et optimo patrefamilias gesta essent? nemo ferat bonorum administrationem permitti furioso, ante quam a Magistratu talis sit, declaratus, sitque ei bonis interdictum. Idem statuamus de prodigo etiam ante quam quisquam Magistratus bonis ei interdixerit; nam prodigus furiosi habetur loco, neque alia de caussa ei bonis interdicitur. *L. hi qui. §. ult. supr. de tuto. et cur. da.* Sed cur potius promittamus prodigo administrationem bonorum suorum ante interdictionem ? Ad Magistratum venietur, inquies, et Magistratus statim illi interdicet. At quam inique hoc expectatur? Quid enim, si nemo rem ad Magistratum deferat? quid, si negligant omnes prodigum, et permittant eum vivere suis moribus? Quid, si Magistratus non sit copia? Quid, si adsit, et aditus rem negligat? Ergo isto modo prodigus impune erit prodigus, et prius rem omnem illi dilapidari et perire necesse est, quam remedio sit locus, quod quam iniquum sit apparet. Quid, si etiam expectari Magistratus interdictionem est contra sententiam et rationem legis, ut hoc non magis iniquum sit, quam injustum? Nam cur a Magistratu interdicitur bonis prodigo? non utique quia talis declaratus est, sed quia re vera est prodigus. Atqui prodigus. Atqui prodigus est, etsi a prætore non pronuncietur esse talis; quapropter in eadem caussa et eadem ratione, non minus ei ex sententia legis etiam sine interdictione Magistratus consultum esse debet. Sed cur prodigo interdicitur, ut prodigo? omnes concedent, opinor, in eo id quæsitum esse, ut prodigo consuleretur, ne temere videlicet dissiparet bona, qui neque modum, neque finem exspensarum habet, ut supra dixi. At eadem est infirmitas mentis, eadem insania prodigi, quamvis ei bonis non interdicatur a Magistratu, atque adeo quominus ei quisquam consulit, eo majore commiseratione dignus est, et majore auxilio indiget. Sit ergo in pari morbo, et majore etiam periculo ex sententia legis idem remedium. 8
Postremo in bonorum interdictione et administratione cæteris in rebus omnibus comparari furiosum et prodigum videmus. Ut furiosus fuit olim in potestate agnatorum ex lege 12. tabularum, ita fuit et prodigus *L. sæpe, supr. de cur. fur.* Ut nunc datur curator furioso a Prætore, ita datur et prodigo. *L. 1. eod.* ut furioso propter inopiam mentis, et consilii bonis interdicitur, sic et prodigo ob eandem ipsam caussam: quia scilicet quod ad bona attinet, furiosum faciat exitum, ut est in *L. hi qui. §. ult. supr. de tut. et cur. da.* Ambo quoque si sanos mores repererint, pariter ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. Cum cætera in hac interdictione sint similia, an censemus eos, in quo præcipue eos comparari oportuit, ut ambobus pariter consulatur, in eo ipso dissimiles esse constituto ? In cæteris omnibus distinguerentur citius, quam in eo, cujus potissimum caussa hæc omnis interdictio quæsita est. At omnium consensu furioso interdicitur bonorum administratio ipso jure, neque hic quisquam Magistratus interdictionem exspectat. Quare et in prodigo hoc ipso, quod erit prodigus, idem fieri debere, et factum esse lege judicandum est.
† Quod si furiosi exemplum non placet, quasi 9
minus sit mentis in furioso, quam ut ei ante ullam interdictionem Magistratus aliquid concedendum sit in bonorum administratione, conferatur saltem cum prodigo

pupillus, atque adeo minor viginti quinque annis, in quibus plus inest mentis et judicii, quam in prodigo: tum demum quam sit necessaria in prodigo Magistratus interdictio, intelligetur. Non pupillis solum, sed etiam adolescentibus bonorum suorum administratio adempta est vel legibus, vel moribus, constitutumque ut ad virilem, usque ætatem adolescentes curatorum auxilio regantur. *L.* 1. *in fin. supr. de minor.* Quis est, qui dicat ad eam rem opus esse interdictione Magistratus, ut priusquam illis interdictum fuerit a Magistratu, his permittatur bonorum administratio, et ratum sit, quod gesserint? Imo si pupilli sunt, nihil sine tutoris auctoritate possunt gerere, quo deteriorem conditionem suam faciant, sive tutorem habeant, sive non habeant. *L. obligari, sup. de auct. tut.* si sunt adolescentes, et curatorem habent, sic contrahendo obligantur, ut tamen omnibus in rebus in integrum restitui possint, *L.* 3. *C. de in int. rest. mi.* omnibus autem pariter prædiorum alienatio sine decreto Magistratus est interdicta. Neque in his quæritur, an qui cum his contraxit, sciverit minorem esse, an nescierit, his tutorem vel curatorem datum esse, an ignorarit. Quapropter et in prodigo, in quo non firmitas consilii, sed mentis sanitas desideratur, multo magis idem statuendum est, ut etsi ei non erit bonis interdictum a Magistratu, etsi is qui cum eo contraxit, nescivit esse prodigum: tamen non eo minus irritum sit, quod gesserit, cum sit prodigus re vera, idest, is cui multo minus, quam adolescenti, aut pupillo bonorum administratio propter insanos mores committenda sit. Atque hæc sunt, cur mihi probetur prodigo interdici bonorum administrationem lege, idest, ipso jure, non exspectata Magistratus interdictione: omnia et verbis legis, et sententiæ ac rationi æquitatis adeo consentanea, ut nisi quid evidentius hanc sententiam nobis extorqueat, non temere eam deponere debeamus. Et quidem video esse ejusmodi, ut nisi quid obstaret, ultro omnes amplexuri fuerint. Nunc quia apertioribus locis, ut plerique putant, exigitur prætoris interdictio, ideo hoc posterius sequi maluerunt. Quid ergo afferatur pro recepta ista sententia, videamus.

10 † Moventur vulgo verbis Ulpiani ex *L.* 1. *supr. de cur. fur.* nam cum is dixisset lege 12. tabularum interdici prodigo, subjecit; *sed solent hodie prætores vel præsides ei curatorem dare exemplo furiosi.* Hoc fere omnes sic acceperunt, quasi Ulpianus adversativa oratione, *sed solent,* mutet id, quod prius de legis interdictione dixerat, sitque hic sensus: olim lege 12. tabularum prodigo interdicebatur bonorum administratio, hodie vero non lege, idest, ipso jure, sed per Magistratus administratio prodigis interdici solet. Atqui nihil tale ex supra scriptis verbis colligi potest. Non enim dicit Ulpianus, solent hodie prætores, vel præsides bonis interdicere prodigo, sed solent curatores dare. Non sunt hæc pugnantia, lege interdicitur bonis prodigo, et solent prætores prodigo dare curatorem. Nihil enim prohibet, quominus et lege illi interdicatur bonis, quamvis nullus ei curator datus sit, et tamen si de curatoribus prodigo dandis agatur, permittatur hæc res Magistratui, non legis veteris constitutioni relinquatur. Et certe correctio Ulpiani, cum sit de curatoribus, eam huc referri adparet, non ut mutet, quod prius constitutum lege esse dixerat de bonorum interdictione, sed ut id potius, quod eadem lege cautum erat de curatoribus dandis. Cavebatur autem ea lege, ut furiosi et prodigi, licet minores viginti quinque annis sint, tamen in curatione essent agnatorum, ut est in §. *furiosi, Inst. de curat.* Id in curatoribus dicit Ulpianus hodie aliter observari: estque hic sensus, lege 12. tabularum prodigo interdicitur bonorum administratio, sed si de curatoribus prodigo dandis agitur, non dantur hi lege, ut olim, sed prætores, vel præsides dare solent. Hanc vero correctionem ad curatorum dationem tantum, non etiam ad interdictionem bonorum pertinere, ex eo plusquam manifestum est, quod Justinianus in §. *furiosi, Inst. de cur.* hac ipsa correctione utitur, cum prius dixisset ex lege 12. tabularum furiosos, et prodigos esse in curatione agnatorum: *furiosi quoque,* inquit, *et prodigi in curatione sunt agnatorum ex lege* 12. *tabularum, sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætores, et in provinciis præsides eis curatores dare.* An hoc sic accipimus, ut debuerint prætores vel præsides eis interdicere bonis, ut priusquam interdixerint, non adimatur his administratio bonorum? nemo dicet: certe prohibet persona furiosi, cui certum est non committi ne hodie quidem bonorum administrationem, etiam si ei nemo Magistratus bonis interdixerit. Idem igitur et in prodigo dicendum est, cum correctio ad furiosos et prodigos ex æquo pertineat. Et cur non ad hanc sententiam Ulpiani probandam ipso eodem Ulpiano auctore utimur? cujus hæc verba leguntur in *fragmentis Inst. tit.* de curatoribus: *Lex* 12. *tabularum furiosum, item prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse*

agnatorum. (2) *Sed a prætore constituitur, quem ipse Prætor voluerit*; videmusne ex hujus sententia hanc omnem juris veteris exæquationem in curatoribus danlis esse, non in bonorum interdictione? Quinimo ex ipsa adeo *L. 1. de cur. fur.* sic recte et certo colligemus: constat lege 12. tabularum bonis interdici prodigo ita, ut interdicatur lege ipsa, seu ipso jure sine ulla interdictione Magistratus; hæc pars legis de interdictione bonorum postea mutata non probatur, sed illa tantum quæ fuit de curatoribus prodigi, ut indicat *d. L. 1.* et superiores ioci evidenter ostendunt, quapropter etiam nunc eandem interdictionem legis manere necesse est. *L. præcipimus, in fi. C. de opp.* Movet præterca alios *L. Julianus, supr. de cur. fur.* quia illio argumentatur Julianus eos, quibus per prætorem bonis interdictum est, ideo nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta. Ac plerique pro certissimo contrariæ sententiæ argumento id babent. Ego autem quid ad rem pertineat, non animadverto. Quid enim, an quia per prætorem recte interdicitur, ut ei interdictio adimat; alienandi potestatem, ideo consequens est aliter non interdici, quam per prætorem? Ita, inquiunt: alioqui na quidquam per prætorem interdiceretur. Recte hoc diceretur, si semper interdiceretur ei, qui vere prodigus esset, aut eum cui interdicitur, prodigum esse constaret? Nunc autem fieri potest, ut interdicatur per prætorem ei, qui non sit prodigus; hic non temere est, cur quæratur de vi interdictionis. Et Juliano placuit omissa omni alia quæstione, an sit prodigus, necne is, cui interdictum est, sententiæ Magistratus in re dubia standum esse, et deminutionem bonorum prohiberi. Fieri potest etiam, ut quis vere sit prodigus, ut si de eo constaret, non dubitaretur de jure interdictionis, nunc autem hoc ipsum dubitetur, an sit prodigus, ut hic non jus deficiat; sed probatio, ut scriptum est in re simili in *L. duo sunt, supr. de test. tut.* hic quoque non erit supervacua prætoris interdictio, sed potius necessaria, ut sic deinde statuatur hunc pro prodigo esse habendum, qui talis a prætore declaratus est, et deinceps eum bona deminuere non posse. At demus aliquem prodigum esse, deque eo constare; huic cum bonis interdicatur lege, quia est prodigus sufficit ad omnem interdictionem auctoritas legis, nec ad declarandum prodigum esse eum, quem talem esse constet, aut alioqui idonee probari possit, necessaria est Magistratus interdictio. Nos autem de eo agimus quem talem esse probetur etiam ante præturis interdictionem. Obiiciunt alii etiam nobis formulam interdictionis bonorum, qua olim Prætores, dum bonis interdicebant prodigo, utebantur, quæ exstat in libris *recep. sent. Pauli lib. 3. tit. 4.* Sed nihil amplius probatur ex ea, quam etiam a prætoribus prodigo bonis interdici solitum fuisse, quam ad rem illa fuit solemnis formula quam dixi, quod nun negamus. Pius etiam dicimus per prætorem non otiose interdici, sive is sui interdicitur, forte plane prodigus non sit, sive de eo dubitetur. Sed hoc adjicimus etiam lege interdici ei, qui vere sit prodigus, eamque interdictionem ad omnem deminuendi prohibitionem satis esse, si aperte doceatur eum, qui quid gessit, cujus factum revocare volumus, fuisse prodigum, quo nihil æquius. Itaque etiam si de legis solius interdictione nihil aperte probaretur; tamen jus retinendum esset propter utilitatem. Nam quomodo bonorum administrationem committamus ei, quem fateamur esse non sanis moribus, et in bonorum administratione ubique furioso comparari; cum ne pupillo quidem, aut adolescenti, licet sint sanæ mentis, eam committamus propter consilii imbecillitatem? cur exspectemus interdictionem Magistratus in eo, qui non minus nequitia sua disperditurus sit bona etiam ante interdictionem? aut cur exspectemus eam in prodigo, quam in pupillo aut adolescente non exspectamus? Hoc vero nulla æquitatis ratio permittere videtur. Nam quod ad æquitatis defensionem in hac re vulgo dicitur, ideo per prætorem debere interdici prodigo, ne fraudentur, qui cum prodigo contracturi sunt, si prodigum fuisse ignorent; ejusmodi est, quod in contrariam sententiam potius valere debeat: certe nunquam tantum valebit, ut eo efficiatur necessariam esse in hac re Magistratus interdictionem. Si ideo necessaria est Magistratus interdictio, ne fraudentur hi, qui cum prodigo contrahunt, convincimus hac ipsa ratione non esse interdictione Magistratus opus, ubi rescisso eo, quod a prodigo gestum est, non est periculum, ne quisquam decipiatur: scilicet quia cessat ratio legis, idest, mens et sententia legis. *L. quod dictum, supr. de pact. L. 3. §. sed utrum, supr. de minor.* At quam multis modis accidit, ne decipiantur hi, qui cum prodigo contrahunt, etiam si deminutio illi sit interdicta, neque tamen quisquam

(2) Imo in Goth. editione vocula *sed* abest §. 3. sic incipit: *A prætore constituitur*, etc. Sed nec hæc meæ sententiæ adversatur, qui in hoc Donello consentio.

Magistratus interdixerit? Finge eos scire prodigum esse eum, cum quo contrahebant, non fraudantur, qui sciunt, et consentiunt. *L. nemo videtur, infr. de reg. jur.* Inepte etiam desiderent interdictionem Magistratus, ut sciant fuisse prodigum eum, quem talem esse sine alia admonitione sciebant, non est opus certiorari eos, qui non ignorarunt. *L. 1. in fin. supr. de act. empt.* Finge prodigum rem gessisse cum bis, qui cum aut sanæ mentis esse putarent, aut certe prodigum esse ignorarent, sed prodigum his largitum esse de suo. Finge contraxisse eum ex caussa onerosa sed in contractu ipsum fraudatum esse, non illos, qui cum eo contraxerunt. Nemo dicet, si aut a prodigo male donata revocantur, aut ea in quibus fraudem passus est, irrita sunt ante Magistratus interdictionem, fraudari eos, qui cum eo contraxerunt, quin potius si hæc rata erunt, omnes et fraudari prodigum intelligent, et summam illi fieri injuriam cogentur fateri, cum homo non sanæ mentis ne consenserit quidem. Quapropter in his caussis saltem, si superiore ratione uti volent, concedent non debere fraudi esse prodigo, quod quid ante interdictionem Magistratus male gesserit. Ego autem aio. (3) etsi hi qui eum prodigo contraxerunt, cum prodigum esse ignorarint, non tamen valere debere in perniciem prodigi ea, quæ gesta sunt, etiam ante interdictionem Magistratus, quamvis futurum sit, ut qui contraxerunt, illis rescissis fraudentur. Primum ipsorum culpa est, si eum prodigum esse ignorarunt, de quo si inquirerent, talem esse comperire potuerunt: qui cum alio contrahit, est, vel esse debet ejus conditionis non ignarus, si quidem res quærendo investigari potest. *L. qui cum alio, infr. de reg. jur.* Deinde etsi proponantur justam ignorandi caussam habuisse, non ideo tamen ipsorum caussa servari debet, quod gestum est, si id prodigo noceat. Nam cum in hac re alterutri consulendum sit tantum, aut prodigo, aut ei, qui cum eo contraxit, omnes probabunt æquius esse consuli prodigo, qui præter quam quod damnum patitur, si contractus servatur, etiam hoc habet, quo defendatur, quod homo insanis moribus consensisse non videtur. *L. furiosi, infr. de reg. jur.* Et certe quicunque sunt, quos placuit jure ideo non teneri, quia aut eorum nullus sensus, aut non satis certus et firmus consensus est, quales sunt furiosi, pupilli, minores viginti quinque annis, horum omnium caussa constitutum est, ne teneantur, non aliorum: quia scilicet in his ipsis caussa est, cur non teneantur, non aliis, eoque etiam placet non teneri eos, sive cum eis contraxerint, qui ipsorum conditionem non ignorarent, sive qui ignorarent. *L. ult. C. si min. se major. dix.* Illud quidem nemo unquam dixit, non ante irritum esse, quod furiosus, quod pupillus, quod minor gesserit, quam si his bonorum administratio sit interdicta. Idem ergo in prodigo judicandum est, ut cum constitutum sit, ne teneatur, qui sit prodigus, is hoc ipso non teneatur, quia sit prodigus, etiam si cum homine ejus conditionem ignorante contraxerit. Quod si ejus, qui cum ipso contraxit, scientiam exigemus, eveniet, ut ne tum quidem cum prodigo bonis interdictum erit per Magistratum, irritum sit, quod ipse postea gesserit, si is qui cum eo contraxit, et prodigum esse, et ei interdictum esse bonis ignoravit. Nisi forte quis dicat imputandum esse adversario, si Magistratus interdictionem intervenisse ignoravit, non etiam si ignoravit esse prodigum. Quod non ita est; neque enim sententiæ et interdictiones Magistratus, quæ inter privatos interponuntur, statim omnibus innotescunt, non magis, quam illud, an quis sit prodigus; quia utrumque ad privatos pariter pertinet; eoque pariter licet aliis sine vitio ignorare, quia in rebus alienis curiosos nos esse non decet. *L. doli. in fin. infr. de novat.* Plus dico si is fuit prodigus, de quo agimus, idest, quem constaret palam esse prodigum, et quem ideo talem esse probari posset, facilius fuerit de ea inquirenti reperire hunc esse prodigum, quam quærenti de interdictione Magistratus cognoscere, an hæc intervenerit:

(3) Esto, At ponamus ex gr. aliquem bona fide rem a prodigo nondum a magistratu declarato, justo pretio emisse, data illi pecunia et male consumpta, Anne venditio rata erit ut prodigus ad traditionem obligetur? Utique. *L. 8. Pro empt.* Nec obstat *L. 19. de R. I.* Nam nego nondum sententia declaratum, licet revera sit, esse prodigum quoad juris effectum. Quid quod Cujac. 7. *Observ.* 36. *et* Rævar. *ibid.* eam regulam ad statum referuntur. Nego æquius esse ut indemnis servetur prodigus, quem mali mores incusant, alio quem justa ignorantia excusat. Nec ob defectum sanæ mentis nulla obligatio prodigi, alias nec ex delicto oriretur, sed sanorum morum, ex caussa utilitatis publicæ: Nego facilius ignorari decretum magistratus. Etsi enim non omnes forum frequentant, hujusmodi tamen res in vulgus cito disseminatur. Ex factis profusionis nihil certi haberi, ac inferri potest, uti ex sententia magistratu .

quoniam non omnes forum frequentant, aut intersunt in jure, cum Magistratus interdicit, quomodo autem se prodigus gerat, quia palam talis est, omnes melius scire possunt. At nemo adhuc inventus est, qui diceret, cum prodigo bonis interdictum est per prætorem, sic interdictionem aliorum caussa esse interpositam, ut nisi illi scirent interdictum esse bonis prodigo, valeret, quod cum prodigo gestum est; nec justa ignorantia aliis noceret: sed placuit ei, cui bonis interdictum est, interdictam esse bonorum deminutionem, sive quis id sciat factum, sive ignoret. *d. L. Julianus, supr. de cur. fur.* Quare probandum est etiam ante interdictionem Magistratus, in his, qui cum prodigo quid gesserunt, non debere efficere justam eorum ignorantiam, quominus quæ gesta sunt, irrita sint, si is cum quo negotium gestum est, vere prodigus fuerit; postquam quæcunque hic est interdictio, ea non aliorum, sed prodigi caussa introducta

11 est. ✝ Quod ergo scriptum est apud Justinianum in §. *item prodigus, Inst. quib.* non est per fac. test. *item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest:* hæc verba, *cui bonis interdictum est;* non distinctionis caussa addita sunt, quasi sint aliqui prodigi, quibus bonorum administratio interdicitur, alii quibus non interdicitur: sed declarationis et rationis loco, ut sit sensus, prodigus, ut cui bonorum suorum administratio interdicta est, vel, quandoquidem ei bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: quod autem sequitur ibidem, *sed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum ei fiat, ratum est:* sic interpretandum est; sed id quod ante fecit prodigus, idest, is qui nunc prodigus est, et cui ob id est bonis interdictum, id, inquam, quod ante fecit, quam ei fieret bonorum interdictio, idest, quam vere esset prodigus, ratum est; nam profecto ante interdictionem non est prodigus; cum simul atque quis prodigus esse cœpit, hoc ipso ei bonis interdicitur lege. Eodem plane modo et sensu in §. *furiosi,* præcedente dictum est, testamentum quod furiosi ante furorem fecerint, valere, ubi manifestum est furiosos dici eos, qui nunc furiosi sunt; nam certe ante furorem furiosi nec esse, nec dici potuerunt. His abunde demonstratum puto, prodigo hoc ipso, quod prodigus est, bonis interdici, idque ipsum lege fieri seu ipso jure, nec necessariam esse ad eam rem Magistratus interdictionem: dummodo id fiat, quod in omni judicio ab eo, qui quid intendit, exigitur, ut qui prodigum esse intendit, quo res

ab eo gestæ improbentur, id probet. Sed non est necessaria hæc probatio ei, qui Magistratus interdictionem proferet, quæ tanquam prodigo facta sit: quia, ut supra dixi, in re dubia eam vim habeat hæc interdictio, ut cui bonis interdictum est, ei non minus adimatur bonorum administratio, quam si vere prodigum esse constaret, et hactenus hanc interdictionem utilem esse docuimus. Quæ si vera sunt, et jam summatim dicendum est, recte dicturi sumus his verbis, *is cui bonis interdictum est,* duos contineri; prodigum hoc ipso, quod prodigus est, cui lege ipsa satis interdicitur: item eum, cui tanquam prodigo bonis interdictum est a Magistratu quamdiu ille sanis ejus moribus vel receptis vel non amissis nihil aperte doceatur. ✝ Hoc de persona ejus, cui bonis interdictum volumus, constituto, de vi et potestate hujus interdictionis quæsitum est. Et sciendum est de vi et significatione verborum (quando plerisque in locis dicitur prodigo bonis interdici, ut hic, et *d. L. Julianus, L. pen. §. 1. supr. de cur. fur. L. is cui, supr. qui test. fa. poss.*) interdicere bonis idem valere, quod interdicere bonorum administratione, unde alibi dicitur prodigis administratio bonorum esse interdicta, *L. 1. supr. de cur. fur.* et *d. §. item prodigus, Inst. quib. non est per. fac test.* Quæ res facit, non ut ne sint domini bonorum, qui prius fuerant (nam ne furiosi quidem domini esse desinunt) sed ut ne ea administrare possit pro suis, non magis quam furiosus. *d. L. his qui, §. ult. supr. de tut. et cur.* Hinc duo quæsita: unum, an usque eo producenda sit ea interdictio, ut ne acquirere quidem sibi possit prodigus, et meliorem conditionem suam facere: alterum, an ita prohibeantur obligari, et deteriorem facere conditionem in bonorum administratione, ut si velit obligari, ne naturaliter quidem obligetur. ✝ Prius exigere videbatur exemplum furiosi; nam ut furiosus de bonis quidquam alienare, aut obligari non potest; sic nec acquirere. Denique furiosus, quia mente caret, nullum negotium recte gerit. *L. in negotiis, infr. de reg. jur.* §. *furiosus, Inst. de inutil. stip.* Prodigus autem ubique comparatur furioso. *L. 1. supr. de cur. fur.* §. *furiosi, Inst. de cur.* Quinimo diserte scriptum est in *L. furiosi, infr. de reg. jur.* furiosi, et ejus, cui bonis interdictum est, nullam esse voluntatem, quod si verum est, non magis contrahere prodigus poterit, quam furiosus. Nullus enim contractus est sine consensu. *L. 1. §. 1. supr. de pact.* Posterius videtur repudiare exemplum pupilli; nam cum hoc in acquirendo comparatur prodigus, ut nos de- 12 13

cemus: quidni igitur et in deminuendo, promittendove? Jam vero pupillus etsi ita bona administrare non potest, ut deteriorem conditionem suam faciat sine tutoris auctoritate; attamen si contrahit, placet eum saltem naturaliter obligari, certe ejus obligationi recte accedere fidejussorem. *L. ult. supr. de jurejur. L. si pupillus, infr. eod.* Ac de utroque res hic breviter definitur ab Ulpiano, prius autem de acquirendo. Is cui bonis interdictum est, inquit, stipulando sibi acquirit. Quod de stipulatione dicit, exempli caussa dictum est, ac nihilominus in aliis caussis similibus omnibus ex quibus de acquirendo agitur, idem observandum est. Arg. in *L. penult. §. ult. supr. de jur. et fac. ign. L. 1. §. quod vulgo, supr. unde vi. L. illud, supr. ad leg. Aq.* Ergo prodigus et accipiendo, et stipulando, et alio quovis modo contrahendo meliorem conditionem suam facere. et bona augere potest: in hoc plane similis non furioso, sed pupillo, quem traditum est obligari quidem ex omni contractu sine tutoris auctoritate non posse; acquirere autem sibi stipulando, et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate posse: *L. obligari, sup. de auct. tut.* aliter, atque furiosum, quem constat neque promittendo posse obligari, neque stipulando quidquam acquirere, ut supra dixi. Et hoc est, quod Julianus scripsit, cum per prætorem bonis interdicitur, hac interdictione translationem, et deminutionem honorum videri interdictam; *d. L. Julianus, de cur. fur.* nempe hanc solam, nihil amplius. Neque id interdictionis verbis adversatur. Interdicitur quidem prodigis simpliciter, et in totum bonorum administratio. *L. 1. supr. de cur. fur. §. item prodigus. Inst. quib. non est per. fac. test.* Sed qui sibi acquirit, negotium et rem suam gerere dici potest: bona administrare dici non potest. Is enim administrat bona sua, qui ea, quæ jam sunt ejus, administrat; non etiam qui sua non attingens tantum aliena adiicit, quod fit acquirendo. Et ut quis forte dicat eum, qui sibi acquirit, bona administrare videri, ideoque administratione bonorum interdicta etiam bonorum acquisitionem secundum verba esse interdictam: tamen manifestum est ex legis saltem aut prætoris sententia acquisitionem bonorum ea interdictione non contineri. Quidquid enim hic constitutum est, ut bonis interdicatur prodigo prodigorum caussa constitutum est, ut his consulatur. *d. L. his qui, §. ult. supr. de tut. et cur.* Quod si etiam ea interdictione id efficietur, ne acquirere possint, eveniet, ut quod ipsorum favore interductum est, id convertatur in eorum perniciem; quod nulla juris ratio patitur. *L. nulla, supr. de legib. L. quod favore, C. eod.* Et quod de ætate in minoribus scriptum est in *L. non eo minus, C. de proc.* id de morbo animi in prodigo recte licebit usurpare: prodigis morbus animi in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse debet. Sed esto, interdictio bonorum administrationis acquirendi, et rei bene gerendæ facultatem prodigo non adimat; at an non saltem illud satis adimit, quod dicitur in regula juris, furiosi et ejus cui bonis interdictum est, nullam voluntatem esse? *L. furiosi, infr. de reg. jur.* nam profecto si utriusque pariter nulla voluntas est, cum sine voluntate consensu nihil acquiri, aut contrahi possit, non magis acquirere sibi prodigus poterit, quam furiosus, hunc quidem nec stipulari sibi, nec sibi quidquam gerere posse convenit. *d. §. furiosus, Inst. de inut. stip. d. L. in negotiis, infr. de reg. jur.* Et si quidem nulla prodigi voluntas esset, ne in acquirendo quidem, fateremur non magis eum sibi acquirere posse stipulando, quam potest furiosus ob eandem caussam.
† Nunc autem quod dicitur, ejus cui bo- 14
nis interdictum est, nullam voluntatem esse, sic accipiendum est, ut ne sit, quatenus ei interdictum est, idest, quatenus est prodigus, non ultra: scilicet ut interdictio modum illius facultati et voluntati faciat. Non enim prodigi nulla voluntas est natura, sed extistimatur nulla esse, quatenus est prodigus: utpote hactenus in bonis furiosum faciens exitum, ut est in *d. L. his qui. §. ult. de tut. et cur.* Porro cum prodigus quid acquirit, non facit id tanquam prodigus, et is cui bonis interdictum est, sed tanquam bonus paterfam. cui in rebus gerendis bonis interdici non solet; itaque hactenus ideo velle prodigus intelligitur, quia recto vult, et salubriter, et hominum sanorum more: hæc de acquirendo. Tradere vero, inquit Ulpianus, non potest, vel promittendo obligari; et in summa deminuere non potest, quasi in bonis non habeat, ut traditur in dicta *L. Julianus, supr. de cur. fur:* Ex quo est, ut ne testamentum quidem facere possit prodigus. *Inst. quib. non est per. fac. test.* adeo ad omnem alienationem hæc interdictio pertinet. † Sed illud 15
obligari quomodo accipimus: an ut civiliter obligari non possit, at possit naturaliter; an vero ut nullo modo, ne naturaliter quidem? Et indicat in eo, quid sentiat, cum de fidejussore ita subiicit: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut

nec pro furioso. Cum hoc dicit, negat cum etiam natura obligari. Nam si quo modo ob ligaretur, etiam naturaliter, recte pro eo fi dejussor interveniret. *L.* 1. *L. fidejussor* , §. *fidejussor, infr. de fid.* Sed cur non hac quo que in parte prodigum pupillo comparamus, ut et cum de acquirendo agitur? quod si faceremus, utique et prodigi obligationi recte fidejussor accederet, ut recte accedere constat, cum pupillus quid promisit sine tutoris auctoritate, ut supra ostendi. Cum de acquirendo agitur, prodigum pupillo similem facimus: quippe quem volumus etiam sine cujusquam auctoritate meliorem conditionem suam facere posse itidem, ut pupillum: quod in furiosum non cadit. Cum autem igitur de deminuendis bonis, invertimus comparationem, et prodigum jam non pupillo similem esse placet, sed furioso: ut quemadmodum hic promittendo nullo jure obligatur, ac ne natura quidem, sic nec obligetur prodigus. Cur hæc tam varie? quia sane ut jam dixi, prodigus, et is cui bonis interdictum est, quatenus talis est; ubique pro furioso habetur, ut qui quod ad bona attinet, furiosum faciat exitum. Sed non omni in re, qui prodigus est, pro prodigo habetur; certe non habetur tunc, cum meliorem conditionem suam facit, in eo enim non prodigi, sed sani hominis, et boni patrisfamil. officio fungitur: opinione autem prodigi detracta, et ejus cui bonis inte dictum est, nihilominus, quam cæteri, velle creditur, quapropter et cæterorum exemplo, non pupilli tantum, sibi recte acquirit. At tunc habetur pro prodigo, cum bona deminuit, hic enim metuimus, ne eodem animi morbo ad alienationem accedat, quo morbo prius factum est, ut inter prodigos, idest, insanos, et furiosos rerum suarum dissipatores haberetur. Eo fit, ut in hac deminutione furioso comparatus, quemadmodum furiosi nulla voluntas est, sic et ipse nulla voluntate præditus esse existimetur. *d. L. furiosi, de reg. jur.* Cui jam consequens est, ut nec natura obligetur, uti nec furiosus: proinde nec fidejussor obligetur pro eo sicut, nec pro furioso. Sunt, qui huic sententiæ de fidejussore contrariam putent. *L. Marcellus, infr. de fid.* non recte, ut ex verbis apparet. † Hic scriptum est fidejussorem pro 16 pupillo, prodigo, furioso obligari, sed adiicitur, *obligato*. Multis modis fit, ut pupillus sine tutoris auctoritate obligetur: ut si quis negotium ejus utiliter gesserit; si quis deliquerit; si is obligato heres exstiterit. *L. furiosus, supr. prox. tit. L. impuberem, infr. de fur.* Hoc amplius et prodigus, ac furiosus eo nomine obligantur, si quid, cum sanæ mentis essent, contraxerint. §. *furiosi, Inst. quib. non est per. fac. test.* Pro his ita obligatis si quis ipsorum mandatu fidejus erit, quidni obligetur, cum et voluerit, obligari, et obligationi non naturali tantum, sed etiam civili accesserit? quod cum sit toties fidejussorem obligari certum est. *L. fidejussor*, §. *fidejussor. infr. de fid.* At fidejussori isti in hac caussa non competit mandati actio adversus eos, pro quibus fidejussit, ut nisi illi locupletiores facti sint, necesse sit fidejussori solventi rem perire. Num ergo saltem ob hanc caussam fidejussori succurretur? Negat Marcellus ideo subveniendum in *d. L. Marcellus*. Et in summa nihil amplius illic dicitur, quam fidejussorem pro pupillo prodigo, furioso obligato acceptum omni modo obligari, sive rem ab ipsis, pro quibus fidejussit, servare possit, sive non possit. Quid hoc loco? fidejussorem nimirum dicimus pro prodigo non obligato acceptum non teneri, inter quæ optime convenit. Imo vero priore admisso, etiam posterius statui oportuit. Quid multis? statuitur his duobus locis coniunctis ea distinctio de prodigi fidejussore, quæ uno eodemque in loco tradita est a Cajo de fidejussore furiosi in *L. si a reo*, §. *si a furioso, infr. de fid.* ut lecto eo loco nemo possit de istorum duorum, quos dixi consenso dubitare.

Ad L. *Impossibilis*. 7.

Idem *lib. VI. ad Sabinum.*

Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur stipulationibus obstat: aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi, *Si in cœlum non ascenderit:* nam utilis et præsens est, et pecuniam creditam continet.

S U M M A R I A.

1. *Valeat stipulatio, necne, unde æstimandum.*
2. *Ob consensus defectum, quomodo non teneat stipulatio.*
3. *Impossibilis conditio cur obstet contractibus*
4. *Cur non in contractibus sic accipiatur conditio impossibilis, quasi adiecta non esset, aut certe ita, ne noceat, ut in institutionibus, et legatis jus est, et rei impossibilis natura, et recepta in stipulationibus obscuris interpretatio exigere videtur.*
5. *Unde dissimilitudo voluntatis contrahentium, et testatoris in impossibilis conditionis interpretatione coniiciatur.*
6. *De impossibili conditione in non faciendum concepta.*
7. *Quomodo stipulatio, quæ conditionem insertam habet, præsens appelletur.*
8. *Quo sensu stipulatio, in qua est negativa conditio, utilis dicatur.*

Multis modis accidit, ut stipulatio sit inu-
tilis; ex quo genere est ea, quæ hic proponi-
tur. Sed cum sint variæ hujus generis ac
prope infinitæ, nihil agitur exemplis, nisi res
ex illa incertitudine, et tanquam infinitate
ad certa genera revocatur, ex quibus et quæ
sint illæ, et quot sint, ac quamobrem sint
1 tales, cognoscamus. † Et de omnibus hæc in
universum perceptio est: an valeat stipu-
latio, necne, ex iis caussis æstimandum esse,
quibus stipulationem constare in definitione
stipulationis diximus. Nam in quibus hæ
caussæ omnes concurrent, eæ justæ sunt pro-
inde utiles: in quibus autem una aliqua ea-
rum caussarum deest, totidem de caussis
efficitur, ut sint inutilis. Ac de forma et con-
ceptione verborum stipulationis dictum est
ad *L.* 1. *supr.* De rebus ac materia stipula-
tionis, item de ejus fine dicetur alias illis
locis, quos de his caussis in explicatione de-
2 finitionis supra notavimus. † A consensu est
cur non valeat, aut certe non teneat stipula-
tio, non solum, cum nullus est sensus eorum,
qui inter se contrahunt, aut omnium, aut
unius duntaxat; sed etiam cum inter intel-
ligentes promittetur quid certa conditione,
idest, ita, si quid factum sit, aut non sit, ne-
que ea conditio exstit. Quidquid enim ita
promittitur, perinde est, quasi ita promissum
esset; si id evenerit, dabo: si non evenerit,
non dabo, non promitto, non spondeo. *L. quibus, §. quidam Titio, sup. de cond. et dem.*
Et ideo cum quid promissum est sub condi-
tione, placet priusquam exstiterit conditio,
adeo ex stipulatione nihil deberi, ut neque
venerit obligationis dies, neque cesserit. *§. sub conditione, Inst. eod. L. cedere, infr. de*
verb. sig. † Hinc fieri, ut si defecerit, itaque 3
constet amplius conditionem existere non
posse, nihil videatur actum aut promissum
esse. Idem ergo et tum maxime evenire neces-
se est, cum stipulatio concepta est sub im-
possibili conditione: veluti si in cœlum as-
cendere, dabis? certum est enim jam nunc
statim defecisse eam, quæ natura exsistere
non possit: sic definitur conditio impossibi-
lis. *§. si impossibilis, Inst. eod.* Hinc illa
veterum de hac specie recepta sententia, quæ
traditur in *d. §. si impossibilis*, et hoc loco,
si impossibilis conditio stipulationi adjecta
sit, stipulationem nullius esse momenti;
quippe obstare stipulationi conditionem im-
possibilem. Sed cur obstat? propter consen-
sum videlicet: quoniam illa sic adjecta est,
ut placeret nihil, nisi ex eventu hujus condi-
tionis deberi: nemo autem ignorat nunquam
per rerum naturam evenire posse, ut stipula-
tor in cœlum ascendat. Et quod de stipula-

tione hic dicitur, exempli caussa positum est: non enim minus in omnibus contractibus sub impossibili conditione factis idem valet. *L. non solum, supr. prox. tit.* Nam nec in his quidquam debetur, nisi ea consensu et conventione. Hanc definitionem interpretari videtur hoc loco Ulpianus, cum illud adiicit: *cum in faciendo concipitur; aliter atque*, et quæ sequuntur. Est vero et in regula ipsa, et in ejus explicatione, quod animadvertatur: quæ quam brevissime poterit, diluemus. Ipsum hoc jus de conditione impossibili primum dubitationem habere potest, quasi aut non recte constitutum, aut etiam aliis partibus
5 juris contrarium. ✝ Nam cur non sic accipitur conditio impossibilis, quasi adjecta non esset, aut certe ita, ne noceat? hoc vero et rei impossibilis natura exigere videtur et recepta in stipulationibus obscuris interpretatio, et quod omnium maxime obstat, exemplum institutionis, et legatorum, quibus testator impossibilem conditionem adscripsit. Rei impossibilis natura hæc est, ut si fieri non potest, quod in conditione est, non debeat exigi a stipulatore, ut faciat, nec si id non fiat, id cuiquam fraudi esse debeat. *L. impossibilium, infr. de regul. jur.* Interpretatio stipulationis ambiguæ hæc recepta est, ut jubeatur id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat. *L. quoties in 80. infra, L. quoties in actionibus, L. ubi, supr. de reb. dub.* Potius igitur ea interpretatio capienda, ut conditio pro non adjecta habeatur, quam ut contrahentes hac retenta nihil agere voluisse existimentur. Postremo hæc sententia confirmata est exemplo institutionis et legatorum, eorumque omnium, quæ testamento relinquuntur. In quibus placuit omnes omnis generis impossibiles conditiones adscriptas pro non scriptis haberi, et perinde ac si conditio hereditati, sive legato adjecta non esset, ita hereditatem, legatumve capi. *L. 3. supr. de cond. et dem. L. 1. L. conditiones contra, supr. de cond. inst. §. impossibilis, Inst. de her. inst.* Quibus effici videtur, aut non recte aliud constitutum esse in stipulationibus, aut certe legata a stipulationibus separari non debuisse. De his vero sic breviter habendum puto, ac primum de natura rei impossibilis. Si quis stipulatus sit fundum, si in cœlum ascenderit, non exigitur ab eo, fateor, ut in cœlum ascendat, ut nisi ascenderit, quidquam amittat, et hac veluti impotentiæ suæ pœna afficiatur. Sed ut eo nomine quidquam creditor non præstat; sic non debet petere, et quia nihil implevit, ideo ex stipulatione aliquid consequatur: non quia imputetur ei, quod rem impossibilem non faciat; sed quia id actum est, ne alia conditione quid deberetur, quam si in cœlum ascenderet: nec vero ex consensu quidquam deberi potest præter conventionem. Quod de interpretatione ambiguæ orationis dicitur, ad hanc speciem stipulationis non pertinet, in qua non ambiguæ aut obscure, sed aperte conditio impossibilis inserte est: ex qua, si verba sequimur, manifestum est hoc sensisse contrahentes, ne quid nisi hac conditione deberetur. Quod de impossibili conditione aliud traditum est in testamentis, agnoscunt omnes plusculum difficultatis habere. Et sane tale esse videtur prima ratione, ut nec in testamentis recipi debuerit. Nec vero dubium est, quin initio cum de impossibili conditione testamento ascripta quæri cœptum est, quid valeret, veterum plerique quod de contractibus, placebat, ut hi impossibilis conditione adjecta nullius momenti essent, idem et in legatis et supremis voluntatibus omnibus probandum putarent, aliis dissentientibus; quorum concertationes bene a plerisque notatæ sunt ex eo, quod dicitur obtinuisse tandem conditiones impossibiles testamento ascriptas pro nullis haberi. *L. 3. supr. de cond. et dem.* Quidni vero de en ambigerent veteres? Quid enim, an conditio in testamentis frustra adjicitur, neque adjecta expectanda est: in contractibus adjicitur non frustra? Imo utrobique adjectæ conditiones ex voluntate testatorum et contrahentium eandem vim habent, et quidem in testamentis maxime. *L. 1. L. conditionibus, supr. de cond. et dem.* An vero conditio impossibilis, conditio non est? Si non esset, stipulationibus et contractibus non obstaret, sed conditionem esse manifestum est. An ergo potius impossibilis conditio ubique conditio est, et ubique eandem vim habet, si inest, sed in testamento adjecta pro non scripta habetur, ne institutioni aut legato noceat; in contractibus autem retinetur, quo facto non potest, quin vim suam exerceat? Et hoc quidem de conditione impossibili constanter traditum est, hanc in testamento pro scripta non haberi: dicto *§. impossibilis Inst. de her. inst. L. conditiones quæ. L. conditiones contra, supr. de cond. inst. L. 6. in fin. supr. de cond. et dem.* in testamento, inquam, ut intelligeremus contra fieri in contractibus. Sed hoc multo, quam superiora absurdius dici videtur. Quæritur enim amplius, si conditio impossibilis judicio testatoris adjecta est, ut esse constat, quando ipse, aut eam adscripsit, aut excipienti dictavit, cur contra ejus voluntatem detrahatur potius, quam in contractibus,

contra contrahentium voluntatem, quod quidem præpostere fieri videtur cum testantium voluntates ejusmodi sint, quas præter cæteras maxime servari oporteat; *L. vel negare, supr. quem test. ap.* et inter res alias testamenti dicitur præcipue voluntas regere conditiones. *L. in conditionibus, supr. de cond. et dem.* Et non est dubium, quin totius hujus rei dijudicatio huc redeat, ut quæratur de voluntate testatoris, et contrahentium, atque ita statuatur ideo in contractibus conditionem impossibilem obligare obligationi, quia non sic adjecta sit a contrahentibus, ut vellent eam detrahi, seu otiose adjici: in testamentis autem ideo eam rejici; quia sit hæc mens et sententia testatoris, ne noceat legato vel institutioni; ac quidquid præterea ad explicandam hujus differentiæ rationem allatum erit, nullo negotio reprehendetur. Quid enim dicemus, favore ultimæ voluntatis constitutum esse in testamentis, ut conditiones impossibiles pro non scriptis habeantur, ut vulgo interpretes facere scimus? At si testator conditionem impossibilem pro scripta haberi noluit, nullus hic est ejus voluntatis singularis favor, si ei voluntati paremus, quod non minus in cæteris omnibus, quæ ab eo constituta sunt, faceremus, in conditionibus præsertim testamentorum, in quibus maxime traditur voluntatem magis, quam verba considerari oportere. *L. pater, in prin. et §. conditionum, supr. de cond. et dem.* Si non frustra conditionem adjecit, sed ideo, quia eam legato aut institutioni injici voluit; si hanc rejicimus, non jam favemus voluntati testatoris, sed aperte eam oppugnamus. Quid, si dicemus, quod a plerisque doctis hominibus hic afferri video, ideo conditionem impossibilem non nocere heredi aut legatario, quia his hereditatem legatumve petentibus nihil sit, quod objiciatur, cur conditionem passi sint adjici, cum ea a testatore ipsis insciis, aut etiam invitis sit adjecta: diversam esse caussam creditoris, qui petat adversus eam conditionem, non solum quam adjici sit passus, sed etiam quam stipulando conceperit? Si attendemus, facile videbimus nihil hoc ad defensionem istius juris facere. Esto enim, voluntate aut culpa heredis legatariive factum non sit, ut conditio impossibilis adjiceretur institutioni, vel legato; quid hoc ad obtinendam hereditatem aut pertinet, si testator eos consequi noluit? Male cum de hereditate et legato agitur, jus istarum rerum spectatur ex persona eorum, qui ea petunt, aut a quibus petuntur, quorum a voluntate non pendent; non autem ex voluntate et judicio testatoris, a quo proficiscuntur. Si hæc ille judicio suo detulit, delata erunt omnino, et si volente herede aut legatario conditio impossibilis adjecta fuerit: si noluit deferri, nisi ex impossibili conditione, idest, si plane noluit, non debebuntur contra voluntatem, ne si invitis quidem et repugnantibus heredibus aut legatariis conditio impossibilis testamento adscripta fuerit. Quippe totum in testamento voluntas testatoris facit, nec sine ea quidquam inde deberi potest. *L. ex facto, §. rerum, supr. de her. inst. L. 12 in fin. supr. de leg.* 1. Proinde illuc redeo, quod supra posui, de voluntate testatoris hic omnem esse quæstionem, ut in contractibus de voluntate contrahentium ac præcipue debitoris. Atque ita se res habet, ut in contractibus adjecta impossibili conditione hæc putetur esse mens contrahentium, ut servetur conditio: quo fit etiam, ut nihil actum intelligatur. *L. non solum, supr. prox. tit.* In suprema autem voluntate cum testator eandem conditionem adjecit, non existimetur tamen quamvis in eandem scriptura iisdemque verbis hoc voluisse, ut conditio observetur, et voluntati obstet. Difficile quidem fuit hoc efficere ab initio, ut omnibus probaretur, quia non omnes hoc discrimen voluntatis in eodem scripto perspiciunt: sed tamen tandem obtinuit, ut dicitur in *d. L. 3. supr. de cond. et dem.* ✝ Sed unde in simili scripto hanc
5 dissimilitudinem voluntatis conjicimus? Non utique ex verbis, quæ utrobique eadem, et quidem minime ambigua aut obscura eandem voluntatis interpretationem exigere videbantur, unde veterum dubitatio: sed ex adjunctis earum præstationum, quæ sunt ex testamento aut ex contractu: quibus adjunctis varie afficiuntur testator, et debitor: ille, ut omnino velit præstari, quod defert; hic ut velit quoad licet, nihil deberi. Qui legat siquidem serio id facit, et vult aliquid deberi, necesse est, velit conditionem impossibilem a se scriptam pro supervacua haberi; quia hac servata futurum sit, ut inutiliter legaverit. At in hanc partem omnia concurrunt, ut existimari debeat testator non frustra legare voluisse. Primum legatum omne testamenti est, et supremæ voluntatis. Incredibile est, testatorem in re omnium maxime seria, et ea voluntate, post quam aliud velle non potest, præsertim quæ ex illius solius arbitrio non alterius consensu instituitur; incredibile, inquam, est illum in ea voluntate voluisse ludere: ludit autem, si legatum sub impossibili conditione, quod tamen præstari nolit: quanto melius et citius id poterat consequi tacendo? Deinde viden-

dum, quid conferatur legato, inest in eo videlicet donatio et liberalitas: non est liberalitatis, verborum apices sequi, et verbis illudere ei, cui bene consultum velis. Illud ne boni quidem viri, simulare te alteri bene consultum, velle ubi re ipsa aliud sentias. Postremo nisi periculum sit, ne legatum sub conditione impossibili relictum, si utile sit, testatori noceat, aut eum oneret, non est, quod putemus eum ulla re prohiberi, quominus legatum velit exitum habere: non enim prohibetur conditione; quia hæc ab illo nata est, et fuit in ejus potestate eam non addere; non persona legatarii deterretur; alioqui nihil omnino ei legasset neque pure, neque sub conditione: denique eum nec nominasset. Atqui si de incommodo, aut onere testatoris quæritur, tantum abest, ut si dixerimus impossibili conditione ascripta legatum valere, ea res testatori noceat, ut intersit ejus potius id ratum haberi; quo enim ad plures liberalitas ejus pervenerit, eo caritatis ejus, aut munificentiæ major laus erit, eo plures etiam sibi, aut heredibus suis amicos conciliaverit. Atque id eum faciet, faciet sine ullo onere, aut incommodo suo. Nam si voluntas displicet, licet eam cum vult mutare; si in ea perseverat, et legatum debetur, nihilo tamen obligatur magis, sed heredes, ad quos mortuo testatore id onus pertinet. Neque hi porro se onerari moleste ferre debent, cum id prius acceperint, in quo onerantur: cavet enim testator de re sua, neque aliter voluntas ejus rata est. *L. verbis. infr. de verb. sig.* Cum hæc sint in judicio et voluntate testatoris, nempe hanc sequi debemus omissis verbis: cum, ut dixi, in testamentis, maxime autem in conditionibus testamentorum id observetur, ut voluntatem potius, quam verba considerare oporteat. *d. L. pater, in prin. et §. conditionum, supr. de cond. et dem.* Jam vero cum quod sub impossibili conditione legatum est, ex sententia testatoris aliter deberi non possit, quam si conditionem pro non adjecta accipiamus, nequid obstet legato; consequens est, ut hanc quoque sententiam sequi debeamus. Hoc loco de voluntate testatoris nobis occurritur. Servandam hanc esse omnes consentiunt. Sed si de ea agitur, cur non potius ex adjectione conditionis impossibilis colligimus testatorem nihil deberi voluisse? cur enim adjecit conditionem? haud dubie, quia adjectam voluit; nam, ut recte Tubero, non intelligitur quisquam dicere, quod non sentiat. *L. Labeo, illic: id Tubero, supra, de suppel. leg.* Quod si voluit adjectam, conficitur ex hujus ipsius voluntate eam manere debere; et quia illa exsistere non potest, proinde ex hac ipsa voluntate nihil actum videri. Et certe hoc diceremus, si nihil amplius proponeretur in hoc legato de voluntate testatoris. Nunc cum in contrariam partem in eodem legato id occurrat, quod testator legaverit, ex quo rursum colligitur id eum frustra facere noluisse: in contrariis voluntatis conjecturis non aliud habemus, quod sequamur, quam quod est verisimilius sensisse testatorem. *L. cum in testamento, supr. de reb. dub.* Id autem verisimilius, quod humanius, quod voluntati testatoris convenientius; *d. L. cum in testamento, L. si fuerit, §. ult. infr. de reb. dub.* hoc humanius, et magis ex ejus sensu legatum sic accipi, ut valeat potius, quam intereidat; *L. cogi, in prin. supr. ad Treb. L. ub. supr. de reb. dub.* idque supra satis probavimus. Proinde hoc quoque rejecta impossibili conditione tamquam supervacua accipere debemus. At enim si legatum valet, cogimur admittere, a testatore aliquid inutiliter scriptum esse. Non est hoc incommodum, si est ex voluntate testatoris; quod si quis incommodum esse putat, et hoc verius existimat conditionem impossibilem, quæ adscripta est, retinendam, cogitet hoc argumento potius effici, ut legatum valere debeat rejecta conditione. Etenim legato servato fit, ut conditio tantum adscripta sit inutiliter: conditione autem retenta fit, ut utrumque, et conditio et legatum; cum legato inutiliter relicto perinde sit, quasi nihil scriptum esset. Quapropter vel hac ipsa ratione maxime legatum est retinendum, ne in voluntatis quæstione, dum unum incommodum effugere volumus, pro uno duo suscipere cogamur. Ergo lusit testator, dicet aliquis impossibilem conditionem adjiciendo. Luserit sane in eo, dum in eo, quod proprio ejus judicii est, et propter quod de conditione quæritur, idest, in legato non luserit; nam illud multo est tolerabilius admittere; et quid tam mirum est, si testator metum incutere voluit legatario, rem impossibilem ab eo exigendo, ut sic in eum jocaretur? Quanquam multis modis accidere potest, ne loci caussa testator conditionem adjecerit, et tamen noluit eum legatu nocere. Quid enim si illi error aliquis obrepserit, ut non putaret impossibilem, quæ erat? quid, si voluit legandi voluntatem dissimulare, impossibilem conditionem injiciendo, ut spem faceret imperitis heredibus suis legatum non serio relinqui, nec jure deberi, quo facilius hereditatem instituti adirent, aut cognati item imperiti minus moles-

ferrent alium esse institutum, quem non putarent heredem futurum? Quæ cum in judicio testatoris esse possint, nihil fit absurde, si id accipitur, quod natura evenire potest. Hæc de voluntate et sententia testatoris, conditione impossibili testamento adscripta: quibus evincitur recte obtinuisse et ex testatoris sententia, ut conditiones impossibiles testamento adscriptæ pro nullis haberentur. Debitoris autem, et ejus qui sub impossibili conditione quid promisit, de quo nunc quæritur, ut in præstatione et obligatione valde dissimili longe alia mens et cogitatio est: certe justis de caussis alia esse existimata est: cui cum verba stipulationis conveniant, omnia concurrunt, ut hac conditione adjecta nihil debeat, eoque nihil actum intelligatur. Nam ut omittam cætera, unum hoc ad arguendam promissoris voluntatem abunde sufficit, quod in stipulatione, omnique contractu de obligando ipso promissore agitur, ac si conditionem impossibilem, sub qua quid promisit, pro nulla habeas, futurum sit, ut statim obligetur, et rem promissam debeat ipse, non alius. Ita omnes homines affecti esse creduntur, ut quoniam sibi bene consultum volunt, non temere velint jactare suum, eoque nec unquam, nisi quid necesse sit, obligationem in se suscipere, qua fiat, ut de suo postea dependere cogantur, arg. in *L. cum de indebito, §. sin autem, supr. de prob.* Proinde nisi quid aperte probetur id actum esse, ut qui promisit, obligetur, non est existimandus quisquam hoc animo esse, ut obligetur, eoque nec tenebitur. At re sub impossibili conditione promissa, tantum abest, ut sit aliquid in conceptione stipulationis, quo probetur promissorem detracta conditione obligari velle, ut potius conditionis verbis hoc officiatur, ne obligetur. Vis hæc est, ut initio dixi, conditionis, ut ea adjecta, nisi exstiterit, nihil debeatur. Cumque eam conditionem adjecerit initio promissor, eaque adjectione lex stipulationi dicta sit, qua ipse sibi caverit: aperte iniquum est legem et cautionem illi quæsitam invito auferri, quæ si creditori quæsita esset, ne illi quidem auferri posset. *L. vero, infr. infr. de sol. L. habere, supr. de evict.* Nec ad rem pertinet, quod creditoris forte alius sit sensus, qui vicissim hoc semper agere intelligitur, ut sibi acquirat. Non enim si millies dixerit se conditionem impossibilem pro nulla habuisse, fides unquam ei habebitur, cum factum eum refellat, ut qui volens eam conditionem adjecerit. Denique obligatio non ex ejus æstimatione penditur, sed ex verbis, quæ si etiam ambigua sint adversus eum interpretamur, ut cujus in potestate fuerit verba late et aperte concipere; *L. stipulatio ista, §. in stipulationibus. L. quidquid infr. eod.* multo magis certo et aperte cum excludent: *L. non est. supr. de trans.* nec dicet verisimile non esse debitorem nihil agi voluisse. Nam cum constet eum non pure promisisse, ut ita obligaretur, sed sub conditione quæ exsistere non posset, quam eandem et ipse cupiet non retinere, in re certa nullus est conjecturæ locus *L. continuus. §. cum ita, infr. eod.* Constituta est satis, ut existimo, sententia veterum de impossibili conditione stipulationibus, et aliis contractibus adjecta retinenda, ut neque in regulis juris de impossibilium rerum præstatione, deque interpretatione obscuræ voluntatis, neque in exemplo legatorum quidquam sit, quod eam offendat: et tamen nihilominus recte ab iisdem veteribus constitutum sit, hanc eandem conditionem in testamentis adscriptam pro nulla haberi. ✝ Jam redeo ad Ulpianum. 6
Is regulam de impossibili conditione in contractibus adjecta velut interpretans sic eam concepit: *Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat.* Cur addidit, *cum in faciendum concipitur.* An quod sint quædam impossibiles conditiones, quæ concipiantur in non faciendo, quæ eædem stipulationibus non obstent? quod videtur significare. Unde posterius genus velut a priore separans ita subjicit: *aliter atque si talis conditio inferatur stipulationi, si in cœlum non ascendero*; quasi diceret, non omnes conditiones impossibiles in eadem caussa sunt. Obstant hæ stipulationibus sed ita si sint in faciendo: diversum est, si in non faciendum concipiantur. Atqui nulla esse potest conditio impossibilis, nisi quæ in faciendum concipiatur, idest, quæ in eo sit, ut fiat, quod per rerum naturam fieri non potest. *§. si impossibilis. Inst. de inut. stip.* Nam cum ita concipitur conditio, si in cœlum non ascendero, non modo ea conditio est, quæ possit exsistere, sed etiam quæ jam exstiterit, et quam certum sit aliter exsistere non posse: tantum abest, ut sit impossibilis. Et dicendum est hæc verba, *cum in faciendum concipitur*, et totam adversativam orationem sequentem non discretionis caussa additam esse, sed declarationis et majoris explicationis gratia adversus eam dubitationem, quæ in hanc partem juris apud plerosque incidere poterat, ut sit totius loci hæc sententia. Impossibilis conditio quamdiu vim suam et naturam retinet; quod fit cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: quod si in non faciendum concipitur, non

obstabit: non quia sit impossibilis aliqua, quæ non obstet, sed quia negatione addita desinat esse impossibilis, quæ prius fuerat. Hoc autem dictum est ad removendam eorum dubitationem, qui dubitare possunt, non an conditio utrobique esset impossibilis, de quo nemo sanus potest dubitare; sed an quia utraque conditio rem impossibilem continet, puta in cœlum ascensionem, ideo et posterior pro impossibili haberi debeat. Negat Ulpianus, et recte. Impossibilitas enim conditionis non ex se, quæ in ea est, sed ex eo quod de ea re fieri debet, æstimanda est: nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: *d. §. impossibilis*, sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Hinc de hac stipulatione, *si in cœlum non ascendero, dabis?* subjicit eam ita valere, ut et præsens sit, et creditam pecuniam contineat. *Præsens* idest, pura est ex qua ob eam caussam statim agi possit, ut de ea scriptum est in d. §. impossibilis; *creditam pecuniam continet* idest, ejusmodi est, ex qua pecunia efficaciter peti possit, quia sit credita, idest, quia obligatio statim inde contracta sit; credere namque dicimur ex omnibus contractibus, cum ex quovis fidem alterius sequimur, recepturi quid postea ex eo contractu. *L.*
7. *1. supr. si cert. pet.* † Sed quomodo præsens dicitur, quæ conditionem insertam habet? Nihil interest, utrum nulla sit conditio, an quæ adjecta est, exstiterit: et ideo impleta conditione etiam quæ rem in casum aliquem distulerit, placet perinde haberi, quasi pure res gesta esset. *L. si pupillus, supr. de cond. inst.* At hæc conditio, *si in cœlum non ascendero*, statim exsistit: verum est enim me non ascendisse in cœlum et; ita verum, ut certum sit, id postea aliter evenire non posse. Inde dictum est, eum qui sub conditione stipulatur, quæ omni modo exstituta est, pure videri stipulari. *L. si pupillus, §.*
qui sub. infr. de novat. † Quod autem dicit 8
utilem esse stipulationem, cui talis conditio inseratur, *si in cœlum non ascendero*, videndum est diligenter, quo sensu ab illo dicatur: alioqui multis modis falsum reperietur. Hoc sentit nimirum, esse utilem, si nihil amplius sit in ea, quod illi obstet, quam conditio, quæ proponitur. Prius enim dixerat impossibilem conditionem obstare stipulationibus: diversum esse ait, cum adjicitur hujusmodi conditio, *si in cœlum non ascendero*; quod nihil aliud significat, nisi hanc conditionem non similiter obstare stipulationi, ut superiorem, eoque fieri, ut nihil obstante conditione nihilominus stipulatio valeat. Cæterum nihil prohibet, nihil, quominus propter alias caussas inutilis sit stipulatio, in qua sit hujusmodi conditio negativa, quæ negatione detracta esset impossibilis. Finge aliquem promisisse se in cœlum ascensurum, et si non ascendisset, centum. Ut prior stipulatio est inutilis, quia impossibilis: *L. stipulator, infr. eod.* sic et posterior, *L. si homo, supr.* sed non ideo, quia conditionem eam habuit, de qua agimus: sed quia pœna promissa est, quæ rei impossibilis nequidquam promittitur. Finge stipulationem a conditione incipere, sed hanc esse conditionem, si hominem non occideris, cui contraria conditio, si hominem occideris, jure impossibilis habetur: *L. conditiones contra, L. filius, supr. de cond. inst.* constat et hanc stipulationem esse inutilem. *L. juris gestum, §. si ob maleficium, supr. de pact.* Sed ne hoc quidem sententiæ hujus loci adversatur: non enim propter conditionem id accidit, sed propter turpitudinem stipulationis. Idcirco recte monemus sententiam Ulpiani esse spectandum, probantis quidem eam stipulationem, in qua sit hæc conditio, *si in cœlum non ascendero*, sed hactenus dumtaxat, ne ei hæc conditio noceat, non etiam ut valeat, etsi quid aliunde accedet, quo stipulatio solet vitiari.

Ad L. *In illa*. 8.

Paulus *lib.* 11. *ad Sabinum*.

In illa stipulatione, *si Kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* mortuo homine quæritur an statim ante Kalendas agi possit. Sabinus, Proculus, expectandum diem actori putant : quod est verius; tota enim obligatio sub conditione et in diem collata est : et licet ad conditionem committi videatur, dies tamen superest. Sed cum eo qui ita promisit, si intra Kalendas digito cœlum non tetigerit, agi protinus potest ; hæc et Marcellus probat.

Ad L. *Hoc jure*. 10.

Idem *lib. III. ad Sabinum*.

Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione, *si Lucius Titius ante Kalendas Majas in Italiam non venerit, decem dare spondes?* non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire. Titium non posse, neque venisse : sive vivo sive mortuo id acciderit.

SUMMARIA.

1. *De stipulatione sub conditione et in diem collata.*
2. *L.* 8. *et* 10. *distinctione conciliata, et* n. 4.
3. *Stipulatio hæc :* Si Stichum intra Cal. non dederis, X. dabis? *quomodo in diem concepta dicatur.*
4. *Lectio L. Florentina defensa.*

1 Cum habet stipulatio conditionem et diem et in utrumque obligatio dilata est, si de jure quæritur, extra controversiam est, utrumque esse expectandum: ut quamvis ante diem conditio exstiterit, et certum sit, quod promissum est, deberi; tamen antequam dies venerit, peti non possit : ut, si ita stipulor, si navis ex Asia venerit, tum ex eo die intra duos menses dare spondes? hæc separatim vis est utriusque adjectionis. §. *in diem*, §. *sub conditione*, *Inst. eod.* Itaque cum aperte utrumque ad obligationem additum est, ut in stipulatione superiore, de potestate stipulationis non ambigitur. Jus enim, ut dixi certum est. Sed dubitatur interdum, utrum stipulatio utrumque contineat ad differendam obligationem. Id accidit in conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, cum conditioni dies adjicitur, intra quem si factum non sit, quod conditione comprehensum est, stipulatio committatur; ut in hujusmodi stipulationibus : *si Calendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* aut *si Ducius Titius infra Calendas in Italiam non venerit, dare spondes?* quæ sunt horum locorum exempla. Propona aut illic Stichum, aut hic Lucium Titium ante Calendas esse mortuos. Conditio utrobique statim exstitit sine dubio; certum enim esse cœpit neque illic promissorem amplius Stichum dare posse, neque hic Titium posse venire in Italiam : quo facto constat hujus generis conditionem impleri. *L. ita stipulatus*, 115. *infr. eod.* Num ergo statim ante Calendas decem peti possunt? Quæstio in eo, an etiam in diem stipulatio collata sit: Nam si in his sola fuit, conditio diem habens hac impleta quamvis ante diem nihil amplius

desiderabitur: enm stipulatio omnis conditionalis conditione exsistente statim committatur, ac perinde sic quasi pure esset contracta. §. *sub conditione, Inst. eod. L. si pupillus, supr. de cond.* Quod si præter conditionem etiam in diem obligatio collata est non dubium, ut dixi quin et Calendæ sint expectandæ. Quare cum quæritur, an hic statim ante Calendas agi possit, sciamus, hoc quæri, an sit, etiam stipulatio contracta in diem, non tantum sub conditione. Ita de jure constat; ambigitur de facto, idest, quid actum sit, quid contrahentes senserint. Sed cur dubitamus, cum et stipulatio manifeste diem habeat; Quia non continuo si dies conditioni præstitutus esse, ideo promissio seu obligatio in diem collata est: hinc ambigendi caussa. Et ut sunt responsa veterum ad hanc quæstionem pertinentia, quæ sub hoc titulo commemorantur, duo hæc præsertim quæ hic proponuntur, idest, *l. 8. et L. 10.* videri possunt illi in hac quæstione discrepantia scripsisse, cum in quibusdam stipulationibus hujus generis dicant stipulationem esse in diem, eoque et diem actori exspectandum, in quibusdam respondeant conditione ante Calendas impleta etiam ante diem statim agi posse. Sed nihil melius ab illis factum est, neque magis consentanee.
2 ✝ Responsa sunt de dissimilibus formis conditionum istius generis, quæ si conjungantur, conferantorque inter se, reperiemus hanc distinctionem istarum rerum statui, quæ veteribus illis probata sit; cujus distinctionis partes optime inter se consentiant: ut in summa putandum sit referre, utrum conditio si quid intra certum diem factum non sit, collata sit in personam promissoris an extranei; et si in personam promissoris et potestatem ejus collata est, et dies non inutiliter adjicitur, ut in hac stipulatione, *si Stichum intra Calendas non dederis, decem dabis?* placet totam obligationem sub conditione et in diem collatam videri: proinde et Sticho ante Calendas mortuo, quamvis conditio exstiterit, tamen diem superesse, qui ideo sit expectandus.
3 *L. in illa. 8.* Sed hic nobis occurritur: ✝ nam quomodo hæc stipulatio in diem, cum ea definiatur in diem, in qua dies adjicitur, quo pecunia solvatur, ut est in §. *in diem, Inst. eod.* in hac autem specie adjiciatur dies intra quem promissori liceat Stichum dare, aut quid aliud facere, quod sit in conditione, non etiam is dies, quo pecunia, quæ promissa est, solvatur? Et dicendum est, nominatim quidem diem tributum esse, quo præstentur ea, quæ in conditione sunt: sed eundem etiam tacite ad pecuniam promissam solvendam promissori datum videri. Cum enim conditio in ejus personam ita confertur, ut decem det, si Stichum Calendis non dederit, palam est id agi ut ne det decem, si Calendis Stichum dederit. Ex quo etiam apparet conditionem totam, idest, et Stichum et diem conditione comprehensum ipsius promissoris caussa adjectum esse, ut utrumque pro commodo ejus accipi debeat ad differendam pœnæ, id est, decem promissorum petitionem: Stichum quidem, ut liceat ei hunc solvere ad pœnam evitandam: decem autem ut non necesse habeat promissor primo quoque tempore Stichum dare, sed possit dare calendis ut ante eum diem decem exigi non possint. Ita conditionem accepit ab initio stipulatio, ut ante Calendas invito promissore pœna non committatur, nec distinguitur, utrum Stichus vivat, an sit mortuus. Ergo et mortuo Sticho hic ipse dies ex conditione stipulationis, et ex eo quod actum est, promissori servabitur. ✝ Quod si conditio, quæ in non 4
faciendo est, collata erit aut in casum, aut in personam extranei non promissoris: quantumvis dies adjectus fuerit conditioni, intra quem fieret id, quod conditione comprehensum est, nihilominus placuit stipulationem etiam ante diem committi, simul atque certum esse cœperit id amplius fieri non posse. Si navis ex Asia intra Calendas non venerit, si Lucius Titius intra Calendas non venerit in Italiam, centum dari spondes? Sive navis ante Calendas amissa sit, sive Lucius Titius mortuus, aut ita impeditus vel vi, vel tempestate, vel morbo, aut alio casu, ut certum sit, neque illam ex Asia venire, neque hunc in Italiam Calendis pervenire posse, continuo decem peti poterunt. *L. hoc jure, 10.* idem colligitur, ex *L. 4. supr. de cond. et idem.* Atqui et hic dies in conditione inest non minus, quam in conditione superiore: qui fit igitur, ut et hic diem non exspectemus? quia non est adjectus dies quo pecunia solvatur, neque verbis, neque sententia stipulationis seu contrahentium. De verbis constat, non enim dicitur, Calendis dabis? sed simpliciter decem dabis? De sententia ex eo licet intelligere, quod conditio in casum collata sit, non in potestatem promissoris; id enim satis arguit diem conditioni insertum nullo modo promissoris caussa adjectum esse: certe non est ita adjectus, ut promissori intra eum diem quidquam facere licet ad evitandam pœnæ præstationem: semper autem dies stipulationi adjectus, qui quidem petitionem differat, pro reo esse intelligitur.

L. eum qui Calendis. §. ult. infr. eod. Sane si ita dictum sit, si Lucius Titius intra Calendas Martias non venerit, tum decem dare spondes, convenit ante Calendas peti nihil posse, quamvis Lucius Titius ante mortuus fuerit. *L. 4. §. ult. supra, de cond. et de.* Non mirum: hac enim particula, *tum*, adjecta, aperte dies promissioni adjicitur, quo die decem solvantur. *Tum* enim valet illo tempore, quod ante commemoravi, id est, Calendis dare spondes? Quod de conditione in casum aut personam extranei collata diximus, nihil diem ei conditioni insertum promissori prodesse ad differendam promissi petitionem; idem probandum est, et si conditio in personam creditoris, et certum diem conferatur, sed adjiciatur inutiliter; ut accidat in hac stipulatione, si intra Calendas digito cœlum non tetigeris, decem dabis? Jam a principio certum est promissorem cœlum tangere non posse, proindeque exstitisse conditionem, sed dies inest, ut in illa, si intra Calendas Stichum non dederis, et tamen placeat protinus agi posse, in *L. in illa. 8. in fi.* optima ratione: hæc enim conditio, si digito cœlum non tetigeris, pro non adjecta habetur, cum statim exstiterit, *§. si impossibilis. Instit. de inutilibus stipulationib.* et *L. impossibilis, supra.* Ergo et ejus conditionis partes omnes adjectæ inutiliter; proinde et dies ei conditioni insertus; nam et hic pars est conditionis, *L. 1. §. 1. supra. de eden.* Et certe perspicuum est non ideo dari hunc diem promissori, ut ei intra hunc diem cœlum tangere liceat, ne decem debeat, cum certum sit eum tangere cœlum omnino non posse. Aliter atque in illa stipulatione, si Stichum Calendis non dederis, decem dabis? in qua constat decem promissori dari ad Stichum dandum, quoniam is per rerum naturam intra id tempus dari potest, ut nisi dederit, jure in pœnam incidat. Habes distinctionem veterum de hoc genere expositam.
5 ✝ In verbis, illa. ex L. in illa 8. notanda sunt: *tota enim obligatio sub conditione, et in diem collata est: et liceat ad conditionem committi videatur. dies tamen superest.* Quæsitum est, quid sit obligationem committi ad conditionem; sic enim non in Pandectis Florentinis tantum, sed in omnibus exemplaribus magno consensu locus hic legitur. Quod quidam non intelligentes, quasi horum verborum nulla esset idonea sententia, quæ ad rem faceret, aut quasi nemo Latinorum ita loqueretur, ita locum corruptum esse, non dubitant, et magno ingenio, scilicet errorem ex notis a Triboniano non perceptis natum esse ostendere conantur; atque hoc modo locum restituendum, *et licet ante diem conditio committi videatur.* Mitto genus correctionis, quod quale sit, ipsi auctores viderint, quis enim juris auctorum, aut adeo Latinorum unquam dixit conditionem committi, cum ipsa exsistit? hac exsistente obligatio, id est, stipulatio, qua obligamur committi dicitur in usu juris, non conditio, *§. sub conditione, Inst. L. 4. §. Cato. supr. C. de cont. et com. stip.* ut quamvis locum corruptum esse fateremur, nunquam tamen hanc lectionem, quæ multo est deterior, reponere deberemus, ut diceretur conditio committi. Illud demiror, in locis pro arbitrio fingendis, et refigendis tantum juris sibi sumere eos, qui in illis verbis, *et licet obligatio ad conditionem committi videatur*, mendum esse arbitrentur, et palam scriptis phrasim orationis ut insolentem ac peregrinam, aut potius nihil significantem repudient, qua nihil est neque elegantius, neque significantius neque ad hujus loci sententiam accomodatius; certe nulla est Ciceroni familiarior, ut sit *conditionem*, pro eo quod est, quod ad conditionem attinet. Cicero paradoxo ultimo: *meum autem quoniam pecuniam contemnis (est enim ad vulgi opinionem mediocris, ad tuam nulla, ad meam modica)* idest, secundum vulgi opinionem, tuam, meam. Idem de *Aruspicum* responsis: *certe mihi extra domo mea ad privatum dolorem fuit luctuosum, ad rationem Reip. gloriosum:* id est, quod ad privatum dolorem, quod ad salutem Reip attinet. Idem *Lib. 2. Acad.* quæstionem: *ad id enim quod agitur, nihil interest, omnibusque partis,* et quæ sequuntur; id est, quod attinet ad id, quod agitur. Ergo illa verba, *et licet ad conditionem committi videatur*, hoc significant, et licet secundum conditionem, vel quod ad conditionem attinet, obligatio committi videatur. Quod plane ipsum illud esse apparet, quod Paulus hoc loco sensit; hoc enim voluit, cum stipulatio hæc, si *Calendis Stichum non dederis, decem dabis?* duo habeat, conditionem et diem: Sticho mortuo ante Calendas conditionem quidem jam non obstare, quominus agi possit, quia conditio exstiterit, itaque et ex impleta commissa sit stipulatio; sed remota conditione superesse adhuc diem, qui quominus ante agi possit, sit impedimentu.

Ad L. *Si Titius*. 9.

Pomponius *lib. II. ad Sabinum.*

Si Titius et Sejus separatim ita stipulati essent: *Fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes?* finem dandi alteri fore, quoad judicium acciperetur: et ideo occupantis fore actionem.

SUMMARIA.

1. *Species legis.*
2. *An ex hac stipulatione, fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes? statim agi possit, et fundus peti, si alteri dari potuerit, neque datus sit.*
3. *An ambo stipulatores fundum possint petere.*
4. *Occupare in usu juris quid.*
5. *An petitionem ab uno stipulatorum institutam, promissor evitare possit fundum alteri dando.*
6. *Usus verbi* Quoad.
7. *Quomodo in proposita stipulatione nondum impleta conditione judicium esse possit.*
8. *Bartoli, et aliorum sententia improbata.*
9. *L. nuda. C. de contrah. stipul. explicatur.*
10. *Illustratur L. cum quærebatur. infr. Jud. sol.*
11. *In omnibus faciendi obligationibus in quibus simulatque tempus, quo fieri potest quod debuit, transierit, in id quod interest agi posse dicitur, quomdiu lis contestata non est, promissor faciendo potest liberari.*
12. *Quomodo cum supradicta stipulatio sub conditione sit contracta, statim tamen committatur, contra quam generaliter de hoc genere stipulationum jure definitum est.*
13. *Ratio cur hæc species a generali id genus stipulationum definitione sit exempta.*
14. *Qui fiat, ut qui ante judicium acceptum electionem habuit, uti daret, is cum judicio accepto amittat.*

1 Primus et secundus cum fundum habere vellent: et propter societatem, quæ forte inter ipsos esset, aut conjunctionem, vel communionem, satis haberent, si is fundus alterutri ex ipsis daretur, cum fundum a domino separatim stipulari sunt, singuli sub hac conditione, si is fundus alteri ex ipsis non daretur. Primus hoc modo fundum Tusculanum, si Secundo non dederis, mihi dare spondes? et rursum Secundus hoc modo, fundum Tusculanum si Primo non dederis, mihi dare spondes? Multa hic quæsita sunt, quæ paucissimis verbis complexus Pomponius obscuram nobis de hac specie definitionem reliquit: distincte explicata rem expedient. Ea sunt quatuor. † Primum
2 est, an ex hac stipulatione statim agi possit, et fundus peti, si alteri dari potuerit, neque datus sit. Et Pomponius significat posse, idque pro certo et confesso sumere videtur: Cum enim ait occupantis fore actionem, satis declarat ab uno ex stipulatoribus agi, et eo modo actionem occupari posse et cum ait finem alteri dandi fore, eum judicium aceiperetur: utrumque statuit, et ante judicium acceptum de fundo eum fundum alteri dari posse, et simul de eo judicium posse accipi. † Alterum est, an ambo sti- 3
pulatores possint fundum petere. Sed verba stipulationis satis ostendunt uni tantum actionem ex ea stipulatione esse posse. Nam si promissor Primo dederit, verba efficiunt Secundo nihil deberi: quoniam defecit conditio, sub qua illi fundus promissus erat: eodemque modo si Secundo dederit, necesse est ex conditione stipulationis Primo nihil deberi, quia et hic conditio, sub qua illi fundus promissus erat, defecerit. Et hoc est, quod ait Pomponius actionem fore non utriusque, sed occupantis, idest, unius, quia oc-

cupantem unum esse oportet. Atque hoc verbo etiam illud (1) declaravit, actionem ex hac stipulatione sic unius esse tantum, ut tamen non sit hujus aut illius certi, sed tantum occupantis, idest, ejus qui prius judicio egerit, et litem de fundo erit contestatus cum promissore, qui fundum neutri adhuc ex reis stipulandi dedisset; id enim occupare hoc loco significat: quod ex adjuncto facile intelligitur.
4 tur. † Etsi enim occupare cum absolute ponitur, idem valet juris auctoribus quod ad sententiam pervenire, ut cum dicitur in actione de peculio meliorem esse occupantis conditionem: *L. si vero*. 10. *supr. de pecul.* item inter eos, quibus ex eadem caussa debetur meliorem esse conditionem occupantis: *L. inter*. *supr. de re. jud.* tamen cum de actione instituenda, et lite contestanda sermo habetur, diciturque actionem, quæ movetur, fore occupantis, perspicuum est occupationis verbo non alterius rei occupationem intelligi posse, quam ejus quæ dicitur
5 occupari, idest, actionis. † Deinde quæsitum est tertio loco, uter ex stipulatoribus actionem de fundo instituet, cujusmodi ea sit petitio, utrum ea quam promissor excipere cogatur, aut petenti fundum dare; an vero ea, quam promissori evitare liceat fundum alteri ex stipulatoris dando. Quartum etiam huic adjunctum est, si forte promissor ab uno conventus fundum alteri dare potest ad evitandam condemnationem, quando et quandiu id possit facere. Et de utroque conjunctim respondet initio his verbis, finem dandi alteri fore, quoad judicium acciperetur. Habent hæc verba hanc sententiam, si unus ex stipulatoribus cum promissore aget ex suprascripta stipulatione, non posse promissorem recusare actionem in se dari si fundum neutri det: sin dare velit, posse eum ex conditione stipulationis etiam alteri fundum dare, eoque modo consequi, ut omni actione liberetur: sed hoc eo usque, donec judicium accipiatur, idest, donec lis sit cum eo contestata. Finge eum postquam in jus vocatus est, ante quam in jus veniret suspiciendæ actionis caussa, ultro alteri ex stipulatoribus fundum dedisse, recte dicet in judicio postea, se nihil agenti debere ex conditione stipulationis. Cæterum huic facultati alteri dandi finem futurum, cum judicium accipitur, idest, desituram eam facultatem, et finem accepturam tunc, cum fundo alteri non dato lis cum promissore contestata erit: et si apertius etiam dicendum est, lite semel de fundo contestata non posse amplius promissorem fundum alteri dare, ut evitet actoris petitionem, quod tamen ante judicium acceptum facere potuit. Quod si verum est, consequens est lite contestata confirmari agenti de fundo actionem. Et hoc est, quod recte infert Pomponius, et *ideo occupantis fore actionem*. Fuit et ante litem contestatam actio stipulatoris ejus, qui fundum petere instituit, argumento est, quod fundo aliter ex stipulatoribus non dato promissor ea actione omnino tenetur. Sed non est ea actio sic illius, ut sit propria, sive ut sit ejus immutabiliter: non enim est ita ejus, quin liceat promissori eam evitare, fundum nimirum alteri dando. At lite contestata, tum demum actio efficitur ejus propria: utpote a qua reus nullo suo facto, nulla ejus fundi datione in alterum collata possit liberari. Judicium accipere in usu juris idem valet quod litem contestari; judicium acceptum: et lis contestata idem. *L. illud*, *supr. de pet. her. L. cum fundus*, *supr. si cer. pet.* † Atque hoc loco etiam de 6
verbo, *quoad*, quod hic in omnibus exemplaribus legitur animadvertendum puto, aut id pro *cum* esse accipiendum, qua tamen significatione non memini me legere alibi usurpatum; aut si hoc non est, locum mendosum esse, et pro quoad legendum esse, quam minima deflexione literarum; scimus enim veteribus plerisque hoc fuisse observatum in particula, cum, ut dum significat tempus, ut hoc loco, scriberent per quam, iisdem literis videlicet primis, a quibus et particula quoad incipit, teste Quintiliano *Lib.* 1. *C.* 13. quod fortasse posteriores non intelligentes, pro, quam, reposuerunt, quoad. Utcunque est, certe, quoad, hoc loco pro quousque, vel donec (quæ usitata ejus significatio est) defendi non potest. Nam hoc modo hic erit sensus, finem alteri dandi esse promissori etiam ante, quam judicium acceptum erit, et hunc finem fore, idest, perseverare eo usque quoad judicium accipiatur, idest, usque ad litem contestatam, quasi diceret hunc finem dandi cessaturum post litem contestatem, et promissorem ex illo veterem potestatem dandi recepturum, quorum utrumque non solum absurdum est dictu, sed etiam aperte est contra mentem et sententiam Pomponii, qui hoc vult ita post judicium acceptum ac-

(1) Vid. et Gœd. *de contr. stipul. C.* 8. *Concl.* 9. *n.* 186. *et seqq.* Quid si disiunctim plures negativæ. Si illud aut illud non dederis? Hanc stipulationem committi si utrumque non fiat, licet alterutrum fiat, videtur arguere *L.* 13. §. 2. *de Reb. dub.* ad quod vid. Don. noster *ibid. et* Rob. 2. *rec. Lect.* 22.

tionem fore occupantis, ut jam postea alteri dando promissor eam evitare non possit: aliter, atque si judicium nondum acceptum fuerit. Atque hæc Pomponii verborum sententia est, sed quæ incurrat in variis reprehensiones. Ex supra scriptis autem hujus responsi partibus tres sunt; quæ in disquisitionem vocantur. Prima illa et præcipua, utpote ex qua pendent cæteræ, quod vult ex hac stipulatione agi posse, et quidem vivo adhuc promissore, et vivis ambobus stipulationibus, quibus ex conditione stipulationis fundus dari potest; idest in summa, agi nondum impleta conditione, si modo sententias generales de conditionibus implendis traditas sequimur. Est autem hæc hujus partis perplexitas. † Volumusne agi ante, quam conditio exstiterit? At jus certum est pendente adhuc conditione neque venisse diem, quo agi possit, neque adeo cessisse. *L. cedere, infr. de verb. sig.* Rursum volumus extitisse conditionem? at prohibet definitio juris recepta de hoc genere stipulationum. Stipulatio est conditionalis, quæ hic proponitur conditionem habens in non faciendo positam si fundum illi non dederis, et ea stipulatio, quæ a conditione incipiat, non a præcedente stipulatione ejus rei, quæ in conditionem deducta est. Exstat de hoc genere Papiniani definitio in *L. ita stipulatus, infr. eod.* non ante committi has stipulationes, quam certum esse cœperit fieri non posse, quod conditione comprehensum est; hanc regulam si sequimur in proposita stipulatione, neque conditio existit, neque ex eadem regula ex ea stipulatione adhuc agi potest. Tantum enim abest, ut certum esse cœperit fundum alteri ex stipulatoribus dari non posse, quod erat in conditione, ut contra omnia proponantur, unde constet eum dari posse alteri, quinimo et dari posse, ante, quam petatur, hic scriptum est, et recte. Nam et fundus in rerum natura est, qui detur, et promissor est, qui det, et est stipulator alter, cui detur. Non igitur illo jure posito conditio in proposito exstitit. Nisi tamen dicimus hanc speciem ex illa distinctione excipi, et committi stipulationem, simulatque promissor fundum utrique dare potuit, neque dedit. Sed hanc exceptionem alia difficultas excipit: cum enim generalis sit definitio Papiniani, quam rationem hujus speciei exeipiendæ reddemus? His rebus factum est, ut vix adhuc hæc quæstio etiam apud doctissimos interpretes exitum reperire potuerit: Ac duæ sunt in summa viæ, quæ ad hujus rei explicationem ducere videntur: quas et nostros vari secutos esse animadverto: nimirum vel ut fateamur conditionem hic non exstitisse ante litem contestatam, ac nihilominus ex ea stipulatione ante agi posse: vel ut ita fateamur exstitisse conditionem, quamvis fundus adhuc alteri dari possit, ut tamen negemus superiorem definitionem obstare, quia hæc species conditionis ex numero cæterarum hujus generis eximatur. † Ac vetus est quorundam ratio, quam commemoratam hoc loco ab ab Accursio Bartolus, et alii vulgo secuti sunt, ut fateantur non esse hic impletam conditionem, ubi certum sit fundum adhuc alteri dari posse; quod faciunt videlicet, ne pugnent cum *d. L. ita stipulatus, infr. eod.* sed ante impletam conditionem agi, et judicium accipi posse. Neque id absurdum videri debere: propterea quod futurum sit, ut conditio impleatur per litis contestationem, id vero etiam in aliis caussis usitatum esse. Sed cavendum puto etiam atque etiam, ne quam partem hujus sententiæ animis nostris insidere patiamur. Est enim non tam falsa (quanquam perspicue talis est) quam absurda, et ridicula. Primum quidem incurrit in notas regulas juris de conditionali stipulatione, quibus efficitur ex stipulatione conditionali nihil deberi, nedum peti posse prius, quam conditio exstiterit, *L. cedere, infr. de verb. sig.* §. *sub conditione. Inst. de verb. ob.* Sed mittamus juris de hac re regulas; rem ipsam, et rationem hujus juris consideremus. An censemus quidquam deberi posse ex ullo contractu, ullave obligatione contra conventionem contrahentium? Imo vero nihil hic deberi potest, nisi ex conventione. *L. 1. §. 1. supr. de pact.* An vero dubium est addita conditione, præsertim possibili, hanc esse conventionem stipulantis et promittentis, ut ne quid debeatur, aut peti possit aliter, quam si factum sit, id in cujus eventum stipulatio collata est, idest, quam si conditio exstiterit? Nam quod dicunt futurum esse, ut per litis contestationem conditio exsistat, neque ad id de quo quæritur, quidquam pertinet, et per se etiam est absurdum. Alienum est, quia ut ex conditionali stipulatione agi possit, non hoc quæritur, ut conditio postea exsistat, sed ut ante exstiterit. Non probat autem ante exstitisse eam, qui eam postea exsistere dicit: nisi vero prius et posterius eandem esse arbitramur. Absurdum est, ac non falsum tantum, quod cum fateantur nullum hic actionem esse jure, sed tantum facto et intentione actoris constantem, dicant tamen judicium esse de ea re posse. Atqui in privatis petitionibus nullum judicium esse de ea re potest, de qua nulla est actio; unde in edi-

ctis Prætores passim hæc pro eodem usurpant, judicium dabo, et actionem dabo: hic et illa, suscipere actionem, et suscipere judicium in eadem re. Ac videamus etiam propius, quomodo hic tandem judicium esse possit Nondum impleta conditione si aget stipulator quid intendet? fundum sibi dari oportere. Quid promissor? negabit secum agi posse, quia promiserit sub conditione, quæ etiam confessione ipsius actoris nondum exstiterit. Hic quæ sunt partes Magistratus? nempe actionem non dabit de fundo, seu promissorem non coget suscipere actionem, quæ quæ nulla est: sed actorem rejiciet, quia nec teneat ejus intentio; unde qui ex ea caussa agit, ex qua nondum dies obligationis cessit, non male agere, sed nihil agere dicitur. *L. 1. in fin. supr. quan. di. us. leg. ced.* At non est novum, inquiunt, agi antequam conditio exstiterit, si modo spes sit fore, ut ut in litis contestatione oriatur? nempe quia in *L. nuda, C. de contr. stip.* scriptum est ejus pœnæ, quæ promissa erat sub conditione, si pollicitatio rei certæ non impleretur, ejus, inquam, obligationis pœnæ conditionem post moram litem exstitisse, et ejus summæ, quæ in stipulatione continetur, petitioni locum factum esse. Sed nullus locus magis con-
9 trarium probat. ✝ apparet enim Impp. his verbis statuere, prius exstitisse conditionem pœnalis stipulationis; sic deinde petitioni locum factum esse; in quo non potuerunt apertius significare petitioni locum non potuisse fieri aliter, quam si conditio prius exstitisset: postquam ex conditionis eventu petitioni locum factum esse colligunt. Quid est igitur, quod dicunt conditionem exstitisse post motam litem? Id quod docui ad *L. si pacto, C. de pact.* Motam intelligunt cœptam et institutam cum quis in jus vocatus est, et interpellatus, ut aut faceret promissa, aut pœnam præstaret. Inutilis hæc usque adhuc petitio est ad pœnam exigendam, et judicium accipiendum, quia pœnalis stipulationis conditio non prius exsistat, quam sciatur, an promissor interpellatus non faciat, quod promisit. Sed si perget non facere, cum posset, tum interpellatio, et lis mota declarabit exstitisse conditionem stipulationis, qua hoc continebatur, ut cum interpellatus promissor non fecisset, quod pactus est, tum pœnam præstaret. Ita semper conditionis eventus petitionem pœnæ justam præcedit, et ut loquuntur Imperatores, post impletam condi-
10 tionem petitioni locus factus est. ✝ Videtur tamen ad istius sententiæ confirmationem non parum facere, quod Ulpianus tradit in *L. cum quærebatur infr jud. sol.* Scribit enim stipulationem, judicatum solvi, non committi ob rem non defensam simulatque cœpit res non defendi, sed tunc solum, cum ex stipulatione (intellige judicatum solvi) lis contestata est. Ergo prius actum est ex ea stipulatione et prius lis contestata, quam conditio exstitisset, idest, quam constaret rem non esse defensam. Sed dicendum est, simulatque recusavit promissor judicium accipere idest, cœpit rem non defendere, exstitisse conditionem de re non defensa, et statim commissam esse ob eam rem stipulationem. Sciendum est enim in omni stipulatione faciendi, duas inesse quodam modo stipulationes: unam, qua nos facturos aliquid promittimus; alteram ejus quod interest, quod promitti intelligitur, si factum non sit, quod fieri debuit: unde in faciendi obligationibus id quod interest, dicitur contineri stipulatione: sed sub illa conditione, quam dixi, si factum non sit, quod debuit. *L. quoties quis,* 81. *L. si pœnam,* 68. *L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus. infr. eod.* Hujusmodi est stipulatio, judicatum solvi in qua cum judicatum solvi promittitur, etiam illud promittitur fore, ut promissor judicium accipiat, quo res judicetur: unde dicitur hæc stipulatio non solum clausulam continere de re judicata, sed etiam de re defendenda, *L. judicatum.* 6. *infr. jud. sol.* Itaque hac stipulatione interposita perinde est, ac si promissor promisisset se rem defensurum, eoque et judicium ante omnia accepturum; ac nisi defendisset, promisisset, quanti ea res est, quæ petita est, id quod interest: ic quod stipulatio committitur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis alio. §. ult. supr. de re jud. d. L. stipulationes non. vers. Celsus. infr.* Quoties autem stipulatio, quæ conditionem habet in non faciendo positam, non a conditione incipit, sed a promissione faciendi, et si id non fiat, subjicitur stipulatio pœnæ, vel ejus quod interest, in omnibus id observatur, ut simulatque fieri potuit; quod promissum est, neque factum est statim conditio habeatur pro impleta, et stipulatio committatur. *L. ita stipulatus. infr. eod.* Idque maxime servatur in faciendi obligationibus; in quibus placuit cum præterierit id tempus intra quod fieri potuit, quod promissum est, in id quod interest statim agi posse. *L. si ita stipulatus,* 14. *supr. d. L. stipulationes non. vers. Celsus. L. si insulam. infr. eod.* Quare et in stipulatione judicatum solvi, hoc idem evenit; ut simulatque potuit promissor rem defendere, et interpellatus non defendit, conditio existat, et stipulatio committatur. Sed ideo dicitur Ulpiano credi eam non committi,

prius, quam ex stipulatione lis contestata sit, quia ante litem contestatam non committitur præcise, et immotabiliter: potest enim reus, si secum agatur ob rem non defensam
11 evitare actionem, si offerat defensionem. ✝ Id ne cui videatur a me subtilius dictum in hac specie, quam verius, idem evenire sciamus in omnibus faciendi obligationibus; in quibus cum dicamus, simulatque transierit tempus, quo fieri potest, quod debuit, statim agi posse in id, quod interest, ut si stipuler insulam a te fieri: tamen placet quandiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari; *d. L. si insulam, infr. eod.* An quod ante conditio non exstitit; neque actio nata fuit in id, quod interest? Minime; sed quia potestas faciendi ab initio data est promissori, quam ille usque ad litem contestatam retinet: de qua ve plura ad *d. L. si insulam* Sed unde melius id ita esse probari potest quam exemplo penus legatæ? Testator ita legavit: heres meus penum dato si: penum non dederit, decem dato. Si heres in penu dando moram fecerit, statim decem deberi incipiunt, et sola intelliguntur legata: scilicet quia et conditio legati posterioris exstitit. *L. ita stipulatus. vers. Sabinus, infr. eod. L. 1. §. item si ita supr. ad L. falc. L. si penum. supr. quan. de leg. ce.* Atqui si decem peti cœperint, licet heredi donec lis cum eo contesletur, penum offerre, atque ita pœnæ petitionem evitare. *L. 1. supr. de pe. leg.* Quod profecto non est argumentum conditionam antea non exstitisse, et decem non recte peti: sed declarat licere heredi aliud pro penu præstando liberari ex conditione legati, et potestate ab initio accepta, quam ut dixi, usque ad litem contestatam retinet. Secundum quæ utrumque recte dicturi sumus, et decem vere deberi, et peti posse, si conditionem spectes, quia hæc jam exstitit: et rursum peti non posse prius quam lis contestata sit, si effectum spectes; quia ante efficaciter peti non possint, cum ad actionem evitandam liceat penum offerre. Que cum recte dicantur in legato conditionali, quod non a conditione incipit, sed a legato penus; neque in legato solum, sed in omnibus faciendi obligationibus locum habeant, in quo numero est stipulatio judicatum solvi ob rem non defensam: sciamus eadem et in hac stipulatione locum habere omnia, probandumque esse, ut simulatque res non defendi cœperit, existat conditio stipulationis et commissa sit stipulatio, ex qua alioqui lis contestari non posset: sed ita, ut non proprie et cum effectu videatur ante commissa, quia si ante litem contestatam promissor defensionem offerat, non teneatur, id præstans videlicet, cujus præstatione pro eo, quod interest, defungi potest ex perpetua omnium faciendi obligationum regula. Atque hoc sensisse Ulpianum ex verbo credi, quo ille utitur, intelligi potest: non enim dixit stipulationem ob rem non defensam non esse prius commissam, quam lis ex ea fuerit contestata; sed non prius credi commissam. Ratum hoc sit igitur priusquam conditio stipulationis exstiterit, ex conditionali stipulatione nihil deberi, et cum nihil debeatur; neque agi ex ea, neque ad judicium perveniri posse. Quod si forte actor præfestinanter egerit nondum impleta conditione, et litem contestatus sit cum eo, qui se negaret teneri, necesse erit, eo judicio reum absolvi: quia verum fuerit tempore litis contestatæ eum nihil debuisse ex ea stipulatione, cujus conditio ante non exstitisset; omnis autem depulsio et inficiatio ad removendam petitionem constituta, in id tempus, quod præteriit, et præcessit litem contestatam, non quod secutum est, æstimatur, *L. moræ. C. de rei vend. L. nec bona. C. de præs: lon. tem.* Hoc posito, si concedimus in proposito ante litem contestatam conditionem non exstitisse, ut isti faciunt, quid consequens sit, apparet: nempe hic agi de fundo, et judicium de eo ad damnandum promissorem constitui omnino non potuisse. At enim lite contestata conditio jam pro impleta habebitur, quia promissor fundum amplius alteri dare non poterit, ut hic scriptum est. Sed jam effectum est conditionem ante existere debere, quam ex stipulatione conditionali agi possit: ut hoc constituto, utrum conditio postea existere possit, necne, ineptum sit quærere: cum ea res non possit dare actionem, sive jus petendi judicio, quæ res tempore litis contestatæ, idest, quo res judicio petitur, nulla fuerit. Quanquam et hoc falsum est, conditionem post litem contestatam existere, quæ ante non extitit, si nihil amplius intervenerit, quam litis contestatio. Sit hæc stipulatio, exempli gratia, si Stichum non dederis, decem dabis? Traditum est hanc stipulationem non committi prius, quam certum fuerit Stichum dari non posse. Quæro: si stipulator Sticho adhuc vivo decem petierit, et litem sit cum promissore contestatus, qui negaret secum recte agi, quia conditio stipulationis nondum extitisset: an postea eum in decem damnari oportebit, nec poterit post litem contestatam amplius Stichum dare ad condemnationem evitandam? Ego vero non modo non debere eum dam-

dari ajo, si Stichum postea dederit, sed ne si non dederit quidem: propterea quod etsi cum non obtulerit; tamen eo vivo semper verum sit eum natura dari posse, eoque non extitisse conditionem, quam constat non aliter existere, quam si certum esse cœperit Stichum amplius dari non posse. At lis contestata est. Quid, an litis contestatio rerum statum et conditionem mutavit, fecitque, ut qui dari antea potuit natura, nunc dari non possit? Nullo modo; nam et idem dominus est, qui fuerat, et idem potest accipere, qui ante. At enim jure Stichus post litem contestatam dari non potest. Recte hoc diceretur, si decem debita in judicium deducta essent; nam cum judicio contrahatur, pro decem debitis Stichus dari non posset. Nunc autem decem petita sunt, quæ non debebantur, cum ante litem contestatam conditio stipulationis non extitisset. Non erit igitur impedimento ea petitio, quominus et Stichum promissor quandoque dare possit; et vero ante eam petitionem promissor Stichum recte daret: ergo et post eam recte dabit, quia petitio cum nullius momenti sit, perinde sit, ac si non intervenisset. Denique neque Bartolum, si viveret, neque alios ejusdem sententiæ defensores tam adversos a vero arbitror, ut si quis promiserit decem, si in Italiam non venerit, dicturi sint promissorem teneri, si cum eo actum sit multo ante, quam certum esset eum pervenire posse in Italiam, cum tam diserte traditum sit a veteribus hoc genus stipulationum non ante committi, quam certum esse cœperit promissorem in Italiam pervenire non posse. Nam istu modo falsa erit veterum sententia, eritque in potestate stipulatoris efficere, ut promissor postquam moram judicio fecerit in Sticho dando, statim teneatur non minus, quam si stipulatio non a conditione, sed a stipulatione cœpisset. Quod ex diametro adversatur veterum distinctioni de his generibus proditæ in *d. L. ita stipulatus*. Id si in cæteris stipulationibus valet, quæ a conditione incipiunt, quæ in non faciendo consistit, cur non recipiamus in stipulatione hoc loco proposita, quæ est hujus generis, et ad eamdem definitionem pertinet? Quibus omnibus cum contraria suscipere cogamur, si semel hic statuerimus antequam agatur, et lis contestetur, conditionem non extitisse: perspicuum est nullo modo eam sententiam hoc loco posse defendi. Restat, ut hac defensione excludi id suscipiamus, quod est reliquum, quia in proposito ex hac stipulatione fundus peti potest, etiam conditionem hic extitisse, non dico post litem contestatam, sed ante. Quod si extitit, necesse est aut ideo extitisse dicamus, quia certum sit fundum amplius dari non posse; aut quia dari potuerit, neque datus sit. Alterutro enim modo ex his hujus generis conditiones implentur. *d. L. ita stipulatus, infr. eod.* Non potest ideo dici extitisse, quia fundus alteri jam dari non possit; cum et natura dari possit, et jure liceat id facere, ut hoc responso confirmatur. Relinquitur igitur, ut hanc statim extitisse dicamus, postquam fundus alterutri dari potuit, neque datus est. ‡ Sed ex hac re 12 incidimus in aliam difficultatem non multo minorem, ut statuere cogamur stipulationem sub conditione contractam, quamvis conditio in non faciendo sit, et stipulatio ab ea conditione incipiat, tamen statim committi, neque exspectandum esse, donec certum factum sit amplius fieri non posse id, quod in conditione positum erat: contra quam generaliter de hoc genere stipulationum definitum est in *d. L. ita stipulatus, infr.* Et si quidem esset illa sententia perpetua, et sine exceptione, magis laboraremus. Sed cum res posita sit in conjectura voluntatis, et præterea constet alias stipulationes ex eo genere excipi, nihil fiet contra eam definitionem juris, si et hanc speciem ex eo numero eximi dicamus; si modo et hanc sententiam contrahentium esse probetur, ut non ad extremum exspectetur, dum certum sit rem amplius evenire non posse. Idque ita faciendum esse multi eruditi interpretes recte censuerunt. Sed hac in re illis disputatio hæsit, dum hujus exceptionis caussam quærunt: neque enim ita expedire potuerunt, ut omnibus probarent. Illud recte ponunt, si expectantibus nobis in proposita stipulatione, donec exploratum fiat amplius fundum alteri dari non posse, futurum sit, ut nunquam stipulatio committatur, non esse id in conditione ejus stipulationis expectandum, sed conditionem ita accipiendam potius, ut simul, atque dari potuit fundus, neque datus est, conditio extitisse intelligatur. Idque ita faciendum esse regula juris præcipitur, quæ dictat in ambiguis aut obscuris stipulationibus commodissimum esse id accipi; quo res in tuto sit; quo valeat magis, quam pereat. *L. quoties in. 80. L. quoties in L. ubi. sup. de reb. dub.* Assentior hoc quoque illis in hac stipulatione futurum esse, ne unquam committatur, nisi conditionem ita accipiamus, quasi ita dictum esset, si fundum illi non dederis, cum potes. Sed quomodo probetur, si quis neget, quæritur; hic vero illorum ratio se aperit, qua cum

parum idonea nisi essent: quasi nulla alia esset præterea, ideo multos ab hac sententia, tanquam quæ ratione careret, rejecerunt. Negant videlicet hanc conditionem, si fundum illi non dederis, existere posse, si expectetur, donec fundus dari non possit: quia fundus non pereat, aut certe pereat raro: aliter, atque cum ita stipulatus sum, si Pamphilum non dederis, decem dabis? ubi Stichus morte desinere potest dari. Et quod de fundi interitu ab illis dicitur, non est judicio meo, cur negemus recte dici; præsertim in locis non maritimis. Ubi enim in Gallia, in Anglia, in magna Germaniæ parte fundos terræ motu, aut chasmate absorptos, aut quam crebro legimus? Et si quando in locis maritimis id accidat; tamen incertum est, et accidit præter naturæ ordinem: ut propterea non soleat is casus, aut non debeat exspectari. Sed nego hinc recte colligi, fundum in proposita stipulatione non desinere ex conditione aliter dari posse ad conditionem implendam. Non desinet dari posse, quia pereat: at desinet etiam incolumis dari posse a promissore, cum is mortuus fuerit: desinet et dari posse ei personæ, in quam conditio collata est, si et ipsa decesserit: nam neque mortuus dare quidquam potest, neque quidquam dari mortuo. Nec ad rem pertinet, quod promissoris heredes dare possunt et dari potest persone adjectæ heredibus: hoc enim natura fieri potest: jure conditionis non potest, quia nihil prodest ad conditionem implendam id facere. Si quid cui ex conditione non dico fieri, sed etiam dari debeat: tamen conditio facti est, ita personæ dantis, et ejus, cui dari debet, coherens, ut sive alius det, sive detur alii, conditio non impleatur. *L. Qui heredi, in princ sup. de cond. et dem.* Quo fit, ut quemadmodum illa conditio, si Stichum non dederis, existere potest per rerum naturam Sticho mortuo, quem moriturum esse constat, ita et possit hæc conditio, si fundum Secundo non dederis, Secundo nimirum, cui detur, aut promissore, qui dare debuit, mortuo, quos non minus morituros esse certum est. Quid ergo est? Probandum est, si hic una sit stipulatio hoc modo concepta, si fundum illum Secundo non dederis, mihi dabis? non magis ex hac stipulatione agi posse prius, quam constiterit Secundo fundum amplius non posse dari, quam si ita stipulatio facta esset, si Stichum mihi non dederis, decem dabis? Sed mutatur rei conditio, ubi gemina ejusdem fundi stipulatio interposita est separatim a duobus sub eadem hac conditione, si fundum illi alteri non dederis. † Ita cur in proposito statim 13 conditio existat, non conditionis ipsius natura accidit, sed stipulationum duarum, quæ hic proponuntur, conceptione. Quod ni ita esset, sufficiebat stipulationem ita proponere, si fundum Primo non dederis, mihi dare spondes? Nunc autem reciproca stipulatio proponitur duorum eundem fundum sub hac conditione stipulantium, si alteri datus non erit: ut appareat ex ea reciprocatione, et vicissitudine natam hic esse hujus responsi caussam. Quid igitur facit hic reciprocatio? hoc declarat, si mortem promissoris exspectare volumus, ut certum esse incipiat eum amplius fundum dare non posse, futurum esse, ut stipulatio ex voto et mente manifesta contrahentium committi non possit. Eveniet enim hoc modo, ut fundus aut utrique dandus sit, aut neutri. Nam mortuo promissore, Primus dicet fundum sibi deberi: quia verum sit promissorem fundum alteri non dedisse, neque amplius dare posse: neque enim si heredes ejus dent, idcirco ipse dedisse dici potest. At eadem ista ratione Secundus fundum sibi dari recte petet; quia et hoc verum sit promissorem eum fundum Primo non dedisse, neque deinceps dare posse. Ita fit, quod dixi, ut aut utrique fundos dandus sit, aut neutri, quoniam uni tantum dari non potest. Utrumque autem est contra sententiam stipulationis, quia id actum esse apparet, ut et fundus daretur, et daretur uni duntaxat, non duobus; neque vero id fieri aliter potest, quam si agatur vivo promissore, ut ostendi. Quare et stipulatio ita interpretanda est, ut vivo etiam promissore agi possit. Et quoniam frustra ex stipulatione agitur vivo promissore ob id, quod alteri datum non est, nisi ubi primum promissor cessavit, liceat eum eo experiri: etiam ut id facere liceat, actum esse intelligendum est, ut stipulatio exitum habeat, videlicet, secundum ea quæ supra dixi ex iis regulis, quæ in interpretatione ambiguæ aut obscuræ stipulationis cujusque servantur. *d. L. quoties in stipulationibus. infr. eod. L. quoties in L. ubi, supr. de reb. dub.* Hæc de prima parte hujus responsi dicta sint. Qua posita cum dicamus unicuique ex stipulatoribus tanquam impleta conditione actionem competere ex stipulatione et fundum petere licere; hoc consequens esse videbatur, ut nec promissorem aliter, quam ei qui peteret, solvendo liberari diceremus. Quisquis enim petiturus est, ideo petet, quia ei debetur: cum non sit actio, nisi jus persequendi judicio, quod nobis debetur. *L. nihil, supr. de obl. et act.* Proinde utercun-

que petet, is est creditor. *L. creditores. infr. de verb. sig.* Porro illud certi juris est, ut aliud pro alio solvi invito creditore non potest, quantumvis ei aliquid offeratur: *L. 2. §. 1. supr. si cert pet.* sic multo minus alteri solvendo liberari promissorem, ubi creditor ea solutione nihil consequatur. *L. invito. C. de solu.* Atqui, ut initio dixi, hæc Pomponii sententia est hoc loco, ita unum ex stipulatoribus eum promissore agere posse, ut tamen sit in potestate promissoris fundum alteri dando effugere ejus petitionem. Hinc circa hanc quoque partem dubitatio. Atque hæc pars rursum quamvis bene constituta, in eo quod sequitur novam dubitationem attulit. Quem enim Pomponius ante litem contestatam fundum alteri dare posse modo dixerat, ut liberatio obtingeret, eum deinde negat lite semel contestata amplius eum fundum alteri dare posse. † Qui
14 fit ergo, ut qui ante judicium acceptum electionem habuit, utri daret, is eam judicio accepto amittat, cum judicium accipiendo nihil de suo jure remiserit? Sed et electionem solvendi reo ditam usque eo retineri, donec id quod promissum est, solvatur, scriptum est in *L. qui ex pluribus. infr. eod.* Sed horum duorum paulo facilior explicatio est. Nam quod placet promissorem in proposita specie alteri fundum dando liberari, eo fit, quia hanc facultatem ex conditione ipsius stipulationis accipit, conditionem ab initio stipulationi dictam stipulator postea immutare non potest. *L. vero. §. 1, infr. de sol.* Quod autem promissor post judicium acceptum non idem potest facere, non hujus loci et stipulationis propositæ proprium est, sed ad omnem ejusmodi facultatem pertinet: itaque generaliter definiendum est, quoties promissor ex conditione stipulationis facultatem habet, ut aut alteri dando, aut aliam rem, quam quæ debetur, præstando liberetur, facultatem esse ejusmodi, ut eam promissor exercere possit, quamdiu litem non erit contestatus: lite autem semel contestata eam facultatem amittat, et præcise cogatur id præstare, quod in judicium deductum est; de facultate alteri dandi, hoc loco exemplum habemus, de facultate alterius rei præstandæ, eadem sententia multis locis expressa est, ut *L. si insulam. infr. eod. L. quid tamen. §. ult. supr. de recept. L. 1. supr. de pen. leg. L. cum sine. supr. quan. di. le. ce.* Et habet hæc pars non obscuram rationem, si quis hoc constituerit, quod est juris certi, judicio contrahi. *L. 3. §. idem scribit. supr. de pecul.* Id significat promissorem, seu reum litem cum petitore contestando se petitori obligare in hoc, ut ei præstet rem in judicium deductam, si contigerit, ut condemnetur; hæc obligatio simplex est, nec ullam accipit potestatem aut alteri, aut aliam rem solvendi. Quo fit, ut ex hac obligatione reum oporteat rem in judicium deductam sine ulla exceptione præstare. Sed de utraque parte amplius iterum dicendum est ad *L. si insulam. infr. eod.* Meminerimus autem loqui nos de facultate aut alii solvendi, quam creditori, aut alterius rei præstandæ, quam quæ est in obligatione. Ipsarum autem rerum eligendarum facultas, quæ res stipulatione ipsa disjunctim promissæ sunt, perpetua est, et ut ante, sic post litem contestatam, atque adeo post rem judicatam perseverat eo usque donec una res aliqua ex iis, quæ promissæ sunt, solvatur. Quam recte id constituatur, et quam bene conveniat cum hoc loco, dicetur ad *L. qui ex plurib. infr. eod.*

Ad L. *Filius.* XI.

Paulus *lib. II. ad Sabinum.*

Filius dum in civitate est, si stipuletur: patri reverso ab hostibus videtur adquisisse.

SUMMARIA.

1. *Filiusfam. stipulando patri acquirit.*
2. *An hoc obtineat in filiofamilias stipulante, quo tempore pater ab hostibus captus est.*
3. *Juris postliminii effectus.*

1 Filius, qui in potestate est, stipulando patri acquirit secundum distinctionem bonorum traditam in *§. infr. Inst. per quas pers. nob. ac.* sed acquirit hac conditione,

si sit in potestate patris, eum stipulatur. *L.*
2 *si filiusfamilias.* 78. *in prin. infr. eod.* † Hoc jure posito, si proponatur filius is, cujus pater ab hostibus captus est, stipulatus esse in civitate, et in eo veritatem naturæ, ac rei gestæ sequamur, consequens erit stipulationem patri, quamvis postea ab hostibus reverso, non acquiri. Verum est enim filium, cum stipulabatur, non fuisse in patris potestate, si quidem captus pater servus fuit hostium. *L. adso. supra, de acq. rer. do.* qui autem in alterius potestate est, is in potestate alios habere non potuit. *L. sic eveniet. infr. ad leg. Jul. de adul.* Sed placuit nihilominus patri reverso acquiri, quodcunque filius, dum pater apud hostes esset,
acquisisset. † Id facit jus postliminii: quo 3
jure qui reversus est ab hostibus, perinde habetur, ac si nunquam captus esset, eoque jure atque conditione et potestatem in liberos, et pristina jura omnia quasi nec amissa recipit. *§. si ab hostib. Inst. quib. mo. jus. pat. pot. sol. L. retro. L. bona, §. quod si filius, infr. de captiv.*

Ad L. *Si ita stipulatus.* 12.

Pomponius *lib. V. ad Sabinum.*

Si ita stipulatus fuero: *Decem aut quinque dari spondes?* quinque debentur, et si ita *kalendis Januariis vel Februariis dari spondes?* perinde est quasi kalendis Februariis stipulatus sim.

SUMMARIA.

1. *Lex interpretationis in stipulatione ambigua, aut obscura.*
2. *Pluribus corporibus certis disjunctim promissis electio est debitoris.*
3. *In pluribus summis disjunctim comprehensis, minimum: in pluribus temporibus, longissimum pro commodo promissoris in stipulationem deductum intelligitur.*
4. *Stipulator plurium summarum, quomodo tuto petat.*
5. *Diversitatis ratio in pluribus corporibus, summis, et temporibus.*

1 IN stipulatione ambigua, aut obscura hæc lex interpretationis placuit, ut cum quæritur quid actum sit, verba pro promissore contra stipulatorem interpretanda sint, tradita in *L. stipulatio ista.* 38. *§. in stipulationibus. L. quidquid.* 99. *infr. eod.* Cui consequens est, ut si stipulatione illud aut illud comprehensum sit, sive disjunctio exprimatur verbis, sive verbo ambiguo significetur, semper probandum sit electionem esse promissoris, ut sumatur, videlicet, quod ipsi prosit, stipulatori noceat. Quæ lex et in omnibus debitoribus servatur. *L. si ita velletum.* 43. *§. ult. supr. de leg.* 2. *L. plerunque. in §. ult. supr. de jur. dot. §. huic autem. Inst. de actio.* Ex his principiis hæc nata sunt, cum in pluribus corporibus certis, tum in summis, et pluribus temporibus disjun-
2 ctim in obligationem deductis, ut † pluribus quidem rebus disjunctim promissis electio sit debitoris, quam det; dicta *L. plerunque in fin. de jure dot.* sed ita, ut hæc illi electio permittatur: quam ob id illi servare oporteat agendo, dum illud aut illud petitur, quemadmodum et promissum erat. *d.*
§. huic autem. de act. † Pluribus autem 3
summis eodem modo promissis puta decem, aut quindecim, non electio debitoris in futurum exspectetur, sed jam ab initio statuatur minimam deberi: idemque recipiatur in pluribus temporibus disjunctim comprehensis, ut jam nunc comprehensum intelligatur, quod est longius, quod hic traditur, et *L. si ita stipulatus.* 109. *infr. eod.* scilicet quia et in tempore minus est longiore die solvere, propter facultatem dandi, et intenusurium medii temporis. *§. item si. Inst. de fidei. §. plus autem, illic. tempore, Inst. de*
act. † Et ideo nihil facit contra stipulatio- 4
nem stipulator, si ex duabus summis disjunctim promissis certam petat, dum petat minimam. Neque vero obscura ratio est, cur in corporibus certis alternatim promissis incertam velimus esse electionem, quam ob id permittamus reo; in summis autem et temporibus certum definiamus, quod ex pluribus stipulatione comprehendatur. † In 5
corporibus namque propter varietatem spe-

cierum, et eas nanriscendi facultatem, tum affectionem nostram de unaquaque multa accidunt, cur promissori facilius sit et commodius, certe magis ex ejus sententia dare id, quod majus videatur; contraque ut det difficilius, quod nobis videatur minus. Quid autem ei in re sua commodum sit, aut incommodum, ipsius arbitrio et computationi permittendum est, nec illi præscribendum, quomodo jure suo utatur, quidve in eo metuat, aut non metuat, arg. *L. 4. in fin. supr. ad Treb.* In summis vero et temporibus diversis res dubitationem non habet natura, quin sit commodius, et melius minorem summam dare, quam majorem; longiore die debere, quam citiore; nec dubium est, quin electurus sit quisque, quod sibi sciat esse melius. Quare ex eo, quod in voluntatibus et electionibus hominum non corruptis certum habetur, jus sumptum est, ut in summis minimum, in temporibus longissimum pro commodo promissoris, ut jam ab initio electum, ita et in stipulationem solum deductum intelligitur.

Ad L. *Qui ante.* 13.

Ulpianus *lib. XIX. ad Sabinum.*

Qui ante kalendas proximas stipuletur, similis est ei qui kalendis stipulatur.

S U M M A R I A.

1. *Calendis et ante Calendas re vera diversa esse: ex usu idem valere.*
2. *Vis verborum intra Calendas, et post Calendas.*
3. *In stipulatione nihil interesse, utrum Calendis dari, an intra Cal. quis stipuletur.*
4. *Qui post Calendas stipulatur, præteritis Cal. statim petere potest.*
5. *Verba* L. Anniculus. de verb. sig. *declarata.*

JUS certum est diem stipulationib. adjici posse; quod in diem promissum est, ante quam dies non solum venerit, sed etiam præterierit, peti non posse. §. *in diem, Inst. eod. L. cum qui Calendis.* §. 1. *infr. eod.* Sed prius de die adjecto constare debet: cujus quia interdum dubia significatio est, ideo de plerisque formulis, quibus tempus comprehensum est, in hac parte queri solet. Hinc illæ dubitationes in hoc genere; quod tempus contineri intelligatur, si quis promiserit se hoc anno, aut hoc mense daturum: de quo in *L. qui hoc anno. 42. infr. eod.* si promiserit se daturum, cum Titius ad annum vicesimum pervenisset: de quo in *L. non putabam. supr. de cond. et dem.* si promiserit daturum se non Calendis, quod dubitationem non habet, sed *ante Calendas;* de quo hic scriptum est. † Ac de eo id
1 traditur, quod prima fronte longe secus potuit videri, eum nimirum, qui ante Calendas stipuletur, similem esse ei, qui Calendis stipuletur, idest, videri Calendis stipulatum, quo significatur quemadmodum cum ante Calendas promissum est, ipsis Calendis agi non potest; *d.* §. *in diem. inst. eod.* sic nec posse agi ab eo, qui ante Calendas stipulatus fuerit. Atqui vis verborum longe aliud exigere videbatur; certum est enim non peti ante Calendas, quod petitur ipso die Calendarum; cum ideo dicatur quid fieri ante Calendas, quia Calendæ sequantur; ut totum illud tempus, quod est ante Calendas, sit prius tempus, Calendæ posterius: nunquam autem quod posteriore tempore fit, priore fieri intelligitur, aut etiam potest. Sed usus obtinuit, ut hæc idem valeant, Calendis, et ante Calendas: neque id sine magna, et certa ratione. Re vera enim non fit ante Calendas, quod fit Calendis, si ante Calendas sic accipimus, ante Calendas cœptas. Sed si intelligimus ante Calendas finitas, sine dubio qui stipulatur ante Calendas dari, intelligitur stipulari Calendis; quia hac posteriore formula interpretatione juris recepta intelligitur quis stipulari Calendis finitis; dicto §. *in diem. Inst. eod.* Jam vero hoc posterius accipi, in stipulationibus præsertim, conveniens est ei regulæ juris. quæ supra in *L. præced.* tradita est; quia est videlicet promissori commodius. Qua ratione, si nobis constare volumus, dicendum est

enm, qui promittit se ante annum daturum, eodem loco habendum esse, ac si se huc anno daturum promisisset; scilicet ut utroque nisi exacto anno non teneatur; dicta *L. qui hoc anno. infr. eod.* Quod si in libertate relicta dixerimus eum, qui anno duodecimo post quam testator mortuus est, liber esse jussus est, principio duodecimi anni statim liberum fore, ut responsum est in *L. si ita.* 41. *in princ. supr. de ma. test.* etiam tum maxime libertate ante duodecimum annum relicta idem admittemus: sed isto modo confirmabitur magis semper utro-
2 que sermone idem significari. † Quid illa, de quibus a plerisque dubitatur, et de quibus hoc loco quæsitum est, illa, inquam, intra Calendas, et post Calendas, quam significationem habent? Et videri potest consulto factum, ut de his nihil aperte definiretur hoc loco, et alibi, uti de illis verbis factum est *ante Calendas*, quia vis horum verborum satis ipsa se ostenderet. Illud quidem mihi dubitandum non videtur, quin his verbis idem contineatur, quod *Calendis.* Quid est enim in illis, quod eandem vim et potestatem Calendarum non exprimat? Intra Calendas eodem modo dicitur, ut intra ædes, intra urbem. Ut igitur intra urbem fit, quod fit in urbe; intra ædes, quod in ædibus: sic intra Calendas fieri dicitur quod fit in ipsis Calendis; quasi dicas intra septa et ambitum Calendarum, ut eleganter disserit Aul. Gellius, *Lib.* 12. *cap.* 13. Idque consuetudo loquendi sic usurpat. Itaque in edicto successorio, quod dicitur bonorum possessio intra dies centum peti posse; sic intelligitur, ut et ipso die centesimo possit peti. *L.* 1. *§. si intra, supra, de suc. edic.* Ergo Calendis liber esse jussus, quia dies heredis caussa adjectus est, ante Calendas liber non erit, sed dies exspectandus est, et liber erit ipsis Calendis. *L.* 4. *§. si ex die. supra. de fid. lib.* Idem dicendum est, et si jussus erit liber esse intra Calendas. Nam ante Calendas ideo liber non erit, quia his verbis, intra Calendas, non significatur intra spatium, quod intercedit hinc usque ad Calendas ipsas; sed intra Calendas solum, quo die præcedens tempus non continetur. At enim intra annum liberum esse jussum placet statim liberum esse, *d. L. si ita fuerit, in fi. de man. test.* Non sunt hæc similia; nam Calendæ nihil nisi Calendarum diem habent, annus omnes ejus anni dies continet; itaque intra annum liber esse jussus, omnibus ejus anni diebus liber esse jussus est, eoque et initio anni, id est, primo quoque die liber est. Sed ne hoc propter verbum, *intra*, additum fieri putemus; idem fieret, etsi servus liber esse jussus esset certo anno. Ut puta, liber esse jussus est anno duodecimo post, quam testator mortuus erit; in principio duodecimi anni liber futurus est non aliter, quam si jussus esset liber esse intra annum duodecimum. Ut autem concedamus in libertate danda aliud valere Calendis, aliud intra Calendas: † certe hoc 3
tenendum est, in stipulatione nihil interesse, utrum stipuler Calendis dari, an intra Calendas. Qui promittit intra Calendas, et Calendis dare potest, et citra seu ante Calendas; esto: sit id etiam ex significatione verborum. At pariter utrumque facere potest, et qui promisit Calendis, ut dicetur ad *L. eum qui Calendis.* §. 1. *infr. eod.* Illud vero, post Calendas, quid significat, nisi post Calendas finitas? Atqui hoc ipsum stipulari intelligitur, qui stipulatur Calendis, si verum est ex hoc sermone nihil peti posse, nisi Calendis præteritis, ut supra diximus
§. *in diem, Inst. eod.* † Ergo qui post Ca- 4
lendas stipulatur, præteritis Calendis statim petere poterit, ut posset, si stipulatus esset Calendis; neque enim video, quomodo defendi possit, quod quidam putant, hunc finitis etiam Calendis, tamen postridie Calendarum adhuc agere non posse, sed tantum sequenti altero die; quasi stipulatus post Calendas, stipuletur sibi dari proximo die, qui insequatur Calendas; quod non ita est. Nam qui stipulatur post Calendas certas, is post eas Calendas pure, idest, sine die et conditione stipulatur; quo fit, ut et postea præsenti die, at statim possit petere. §. *omnis. Inst. eod. d. L. eum qui Calendis.*
§. 1. *infr. eod.* † Nec dubito, quin de his 5
verbis hoc ipsum expresserit Paulus, quod diximus, in *L. anniculus*, 132. *infr. de ver. sig.* cum ita scribit: et consuetudo loquendi id ita esse declarat. Ante diem decimum Calendarum. Post diem decimum Calendarum; neutro enim sermone undecim dies significantur. Significat et illis verbis, ante diem decimum Calendarum, ipsum decimum contineri; et istis, post diem decimum Calendarum, non amplius contineri, quam decimum; ut sic utraque oratione pariter decimus dies non undecimus intelligatur. Hæc de vi et significatione superiorum verborum dicta sunt, ut constet in diei adjectione quam longum, aut breve tempus sit comprehensum. De effectu diei et jure diecmus postea suo loco; agitur de eo in *d. L. eum Calendis.* §. 1. *infr.*

Ad L. *Si ita stipulatus XIV.*

Pomponius *lib. V. ad Sabinum.*

Si ita stipulatus essem abs te, *domum ædificari?* vel heredem meum damnavero insulam ædificare: Celso placet, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset quo insula ædificari posset; nec fidejussores dati ante diem tenebuntur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio faciendi pura, quando committatur.*
2. *Quæstio hujus L. propria, et dubitandi ratio.*
3. *Definitio Celsi et Pomponii, ejusque ratio.*
4. *Contraria Ulpiani sententia in stipulationes non dividuntur. §. ult. infr. quomodo in concordiam adducenda.*

1 Stipulatio faciendi inter alias plerasque ejusdem generis verbis pura, ex re ipsa dilationem capere dicitur: ut scilicet tunc ex ea incipiat actio, cum transierit tantum temporis, intra quod fieri possit, quod promissum est: veluti si quis domum ædificari stipulatus sit. *L. interdum.* 73. *infr. eod.* In quo duo dici intelliguntur: nimirum et eo tempore transacto statim agi posse; et nondum transacto agi non posse. An postquam præterierit id tempus, statim agi possit, hoc loco non quæritur; ac ne alibi quidem; quia de eo non fuit controversia. Quin post id tempus statim agi posse constanter traditum est, nec usquam ad eam rem desiderari creditoris interpellationem legimus; de quo tamen amplius ad dict. *L. interdum. infr. eod.* Hoc habuit dubitationem, an interdum agi posset prius, quam id tempus præteriisset; non quod dies nominatim adiectus non sit, quasi ob hanc caussam videri debuerit pura stipulatio; semper enim constitit huic obligationi natura diem inesse, antequam res confici non posset: *L. insulam.* §. 1. *supr. loc. L. quoties. supr. de oper. libertor.* sed quia accidit interdum, ut etiam multo ante, quam illud tempus præterierit, certum esse incipiat intra id spatium, quod natura satis esse poterat, rem effici non posse: veluti si is, cui anno opus erat ad insulam ædificandam, totos sex menses in ea inchoanda cessaverit, ut ei sex tantum menses ex justo spatio supersint: intra quos certum est insulam ædi-
2 ficari non posse. † Hoc igitur quæritur, an saltem tunc statim agi possit, nec necesse sit exspectari donec annus præterierit. Movet, quod in omnibus faciendi obligationibus verbis promittitur factum: re tamen ipsa et interpretatione juris recepta, promitti intelligitur pecunia, seu id quod interest, sub conditione si non fuerit factum, quod fieri debuit. Hanc quidem pecuniam in hoc genere stipulationum ista ipsa conditione deberi scriptum est in *L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, infr. eod.* et ut sciamus ideo deberi, quia promissa intelligatur, dicitur id quod interest, stipulatione faciendi contineri, adeoque in stipulationem venire. *L. quoties quis.* 81. *L. si pœnam.* 68. *infr. eod.* Ex quo intelligitur in hoc genere stipulationem esse pecuniæ, seu ejus quod interest, quæ conditionem habeat in non faciendo posita, si quid factum non sit videlicet. Porro quæ sub hujusmodi conditione contractæ sunt stipulationes, eas tum committi constat, cum certum esse cœpit amplius fieri non posse, quod conditione comprehensum erat; quia et tunc conditionem extitisse certum est. *L. ita stipulatus. inf. eod.* Id in proposito cum accidat multo ante id tempus, quo insula ædificari potuit, cur dubitemus etiam tum statim agi posse? hæc hujus loci quæstio, et dubitatio est. † Adversus quam hic de sententia Celsi 3
et Pomponii definitum est, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset, quo insula ædificari posset; nec fidejussores ante eum diem teneri. Quod sine dubio sic interpretandum est, ut ante agi non possit, etiam si jam ante insulam ædificari non posse constaret. Recte Celsus; pertinet enim hæc caussa ad definitionem *L. in illa* 8. *supr.* ut dicamus stipulationem ejus quod interest, et conditionem habere, et diem. Quod ad conditionem attinet, commissam esse stipulatio-

nem faciendi, simolatque exploratum esse cœperit insulam intra tempus constitutum ædificari non posse: sed impleta conditione superesse adhuc diem ædificandæ insulæ præstitutum; is creditori exspectandus est secundum regulam de obligationibus in diem contractis traditam. Conveniunt in eandem sententiam cum hoc loco *L. existimo.* 98. §. *ult. L. insulam.* 124. *infr. eod. L. quoties. supr. de oper. lib.* ✝ Sed videtur huic sententiæ contraria esse sententia Ulpiani, quæ traditur in *L. stipulationes non dividuntur.* §. *ult. infr. eod.* Illic enim diserte scriptum est, in hac ipsa stipulatione insulam ædificari, non esse expectandum, dum prætereat tempus, quo iosula ædificari potest; sed simulatque cœperit mora faciendæ insulæ fieri, agi posse, et tempus obligationi cedere. Dissensit a Celso Ulpianus, inquies: hic Sabinum secutos dissentiens a Celso, quem constat ex Proculianis fuisse. Hoc quidem objectionem confirmare est, non diluere. Non ita nos facere Justinianus jubet in interpretatione legum, et eorum locorum, qui ex veteribus in Pandectas et Codicem relati sunt: in quibus negat quidquam esse contrarii: certe ita interpretari jubet, ut quodcunque ad conciliationem facere probabiliter videri potest, id, tanquam sit ex mente ipsorum auctorum, sumatur, quasi non ab auctoribus scriptum, sed a Justiniano, qui in hac compositione Digestorum et Codicis omnia sua fecit. *L.* 1. §. *omnia. L.* 2. §. *contrarium. C. de vet. jur. enucl.* Sed frustra jubet id fieri Justinianus, dixerit aliquis, si auctores inter se dissentire constet. Quid ergo, si probetur Ulpianum idem in hac re cum Celso sensisse? Atqui nihil est facilius, quam hoc ostendere ex aliis locis. Nam quæ hoc loco Celsi sententia est, ante quam nimirum tempus faciendi præterierit, agi non posse, eadem fuit Juliani relata in *d. L. quoties, supr. de op. lib.* At Ulpianus hujus ipsius de die tacito exspectando prius, quam agatur, sententiam nominatim probat in *L.* 2. §. *qui ita. supr. de eo. quod cer. loc.* Agit quidem illic de eo, qui promisit se certo loco, puta Ephesi, daturum, non facturum, quem, ait, perperam conveniri ante diem, quam Ephesum pervenire possit: sed addit rationem ex sententia Juliani, quam intelligimus plane huc pertinere; *quia, inquit, et Julianus putat diem tacite huic stipulationi inesse: adeo ut eum, qui Romæ stipuletur, hodie Carthagini, dari, inutiliter putet stipulari.* Atqui et in faciendi obligationibus non magis Juliani, quam omnium veterum sententia inest tempus, intra quod fieri potest, quod promissum est, ut supra dixi. Quare qui hoc in loco exspectandum esse vult ex Juliani sententia, is multo etiam magis eum ipsum diem in facto promisso exspectari velle judicandus est. Postremo quid, si verba hujus loci, et *d. L. stipulationes non.* §. *ult. infr.* ita scripta sunt, ut sententia utriusque loci retineri possit: cur malumus in his nescio quam auctorum dissensionem incertam nobis fingere, quo alteram sententiam ex his repudiemus contra voluntatem et præscriptum Justiniani, ut ne idem fortasse cum aliis sensisse videamur, quam id sumere, quod ad istorum locorum concordiam recte facit, et nihilominus per se verum est, quo facto simul et veteribus, et Justiniano ita fieri jubenti sua auctoritas et dignitas conservatur? Et vero ita facere debemus. In quo ut nihil verius, ita nihil est ad verborum sententiam aptius quam quod ad conciliationem horum locorum ab interpretibus vulgo receptum est, ut cum ante tempus, quo insula ædificari potuit, certum esse cœpit eam amplius intra id tempus ædificari non posse, statuamus utrumque vere dici, et nondum ex ea caussa agi posse, et simul agi posse; sed interesse, qua de re posse agi, aut non agi velimus, et auctores intelligant. Agi non potest antequam tempus præterierit, quo insula ædificari possit, ut hic scriptum est. Sed additur *ex ea caussa:* quod sic interpretandum est, ut agi non possit ob insulam non ædificatam: hæc enim caussa versatur in stipulatione: hoc autem significat agi non posse in id, quod stipulatoris interest insulam ædificatam non esse. Hoc est verissimum; neque id unquam negaret Ulpianus, quinimo id ita esse satis confirmat alibi, cum ante diem, qui stipulationi tacite inest, perperam agi scribit. *d. L.* 2. §. *qui ita; de eo, quod cer. lo.* At nihilominus et antequam id tempus præterierit, quo insula ædificari potuit, agi potest, si mora faciendæ insulæ fieri cœperit, ut scriptum est in *d. L. stipulationes non.* §. *ult. infr.* Et hoc verum est non minus: dummodo hoc explicetur, qua de re, et quatenus agi posse Ulpianus intelligat. Hic autem intelligere eum existimare debemus, non superius illud, qood nunquam diceret; sed id, de quo vera ratio docet, agi posse, et alii loci idem aperte declarant, et verba adeo ipsa Ulpiani sentire eum satis ostendunt. *Agi potest statim*, inquit, *ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri:* nempe ob hanc ipsam moram factam, idest, ob insulam, et in tantum agi, quanti ob eam caussam stipulatoris interest. Id ita fieri debere ne Celsus quidem ipse, aut Pomponius negent; quando id eadem ratione nitatur prorsus, qua istorum

sententia, quæ hoc loco traditur. Nam qui promittit se insulam ædificaturum, idem se se inchoaturum promittit. Ut igitur cum tantum tempus præteriit, quo insula potuit ædificari, agi ob eam non ædificatam omnium consensu potest, quia post diem agitur: ita cum id tempus præterierit, quo potuit, et debuit inchoari, si vellet promissor intra tempus constitutum eam perficere, etiam ob eam non inchoatam statim agi posse necesse est. Confirmatur præterea id ita faciendum esse in *L. continuus*, §. *item qui insulam. infr. eod.* verba sunt Venuleii de eo, qui insulam fieri spopondit: *item si non inchoetur opus, id tantum æstimetur, quod in illo intervallo effici potuit.* Quæro, a quo id æstimabitur? a judice nimirum, apud quem de insula non inchoata agetur. Quando agetur? nempe statim, ubi opus inchoatum non est; nam si tum ageretur, cum præteriisset totum illud tempus, quo insula ædificari posset, non æstimaretur id solum, quod primo illo intervallo effici potuit, sed totum opus, quod intra tempus legitimum fieri potuisset. Postremo cum Ulpianus dicit agi posse, *ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri*, an hoc quisquam sic acciperet, ut de toto opere agere liceret? Minime, opinor; sed ita, ut propter quam caussam agi posse dicit, hac ipsa cessante intelligamus agi non posse. At opere non inchoato mora tantum fit in eo, quod præteriit, non in eo, quod fieri potest; futuri enim operis dies nondum venit: ante quem mora a promissore fieri non potest. *L. cum filiusfam.* 49. §. *ult. infr. eod.* Ita vel his ipsis verbis Ulpianus de futuro opere, cujus dies nondum præteriit, se non sentire satis aperte declarat. Restat igitur, ut hoc sentiat, quod supra posuit, simul atque mora faciendæ insulæ fieri cœpit, agi quidem posse, sed ob insulam non inchoatam. Et hoc est; si ante, quam præterierit tempus, quo insula ædificari potuit, certum esse cœperit eam ædificari non posse, non ideo stipulator agere poterit in id, quod sua interest insulam esse ædificatam, tametsi conditio stipulationis, qua id quod interest promissum est, exstiterit: non enim hic sola fuit conditio, sed etiam dies ædificandæ insulæ constitutus, qui nondum præteriit: sed potest agere in id, quod sua interest insulam inchoatam esse, quia et conditio stipulationis extiterit, et dies inchoandæ insulæ idoneus præterierit. Hoc autem quod interest insulam inchoatam esse, multum ab eo distat, quod in totum insulam ædificatam esse interest. Si quod est commodum perfectæ insulæ, si quod non perfectæ incommodum, idest, quod insulam ædificari nostra interest. *L. si commissa. infr. rem rat. hab.* hujus commodi aut damni æstimatio ea est, quam peti non posse dicimus prius, quam id tempus præterierit, quo insula potuit ædificari. At si quod est jam nunc incommodum ob non inchoatam, hoc illud est, quod insulam inchoari interest nostra; cujusmodi est, si calx, arena, aut cæmenta, vel imbribus, vel inundatione, vel alio quo casu corrupta sint, quæ nobis salva esse poterant, si suo tempore in ædificium conjecta essent. Hoc damnum est, cujus nomine statim agi posse dicimus, ubi præteriit tempus, quo insula potuit inchoari, et debuit. Hæc distinctio, etsi omnes alii loci nos deficerent, tamen manifesta ratione æquitatis, et conceptione ipsa verborum stipulationis defenditur. Quam autem et prudentiæ veterum, et verbis superiorum locorum conveniat, apparet.

Ad L. *Et ideo.* 15.

Idem *lib. XXVII. ad Sabinum.*

Et ideo hæsitatur, si aliqua pars insulæ facta sit, deinde incendio consumpta sit: an integrum tempus computandum sit rursus ad ædificandam insulam: an vero reliquum dumtaxat expectandum quod deerat. Et verius est, ut integrum ei detur.

SUMMARIA.

1. *Incendium operis inchoati an liberet promissorem, quo minus insulam ædificet.*
2. L. Martius, supr. Loc. *explicata.*
3. *In insulæ redintegratione quantum temporis dandum sit promissori ad opus extruendum, prius quam ex stipulatione agi possit.*
4. *Exceptio a Jure, quo traditur; in quibus stipulationibus opus faciendum promittitur, tempus ex die stipulationis cedere.*

1 Qui promiserat se domum ædificaturum, incoavit insulam, et opus, quod jam factum erat, incendio aut alio casu aliquo absumtum est. Non ideo liberatur promissor, quominus insulam ædificet. Opus inchoatum absolvere non potest; sed non promisit se id prosecuturum promisit se ædificaturum insulam; ae nunc etiam ædificare potest, ut ante: proinde hoc ipsum agere, et novam etiam nunc instituere insulam debet. Et hoc quidem pro confesso hoc loco sumitur, neque negatur in *L. Martius. supr. loc.* quem
2 locum quidam pro contrario accipiunt. † Quod enim illic dicitur in ea ipsa specie facti, quæ hic proponitur, periculum esse non ejus, qui redemit insulam faciendam, idest, promissoris, qui insulam ædificandam recepit, sed locatoris, idest, ejus, qui ut ædificetur sibi cavit: non significat promissorem post partem insulæ absumptam non debere amplius insulam ædificare; sed non debere eum insulam redintegrare periculo suo, idest, suis sumptibus. Quod et verum est: neque enim casum fortuitum redemptor præstare debet. *L. contractus. in fin. infr. de regul. jur.* Sed non ideo ita liberatur, quin insulam adhuc exstruere debeat, sumptibus
3 tamen, et periculo locatoris. † Hoc posito, quod erat extra controversiam, quæsitum est in hac redintegratione insulæ, quantum temporis dandum sit promissori ad id opus exstruendum prius, quam ex ea stipulatione agi possit; utrum integrum, quantum satis sit ad exstructionem insulæ; an vero id solum reliquum tempus, quod supererat ex eo tempore, quod ab initio satis fuit ad insulam inchoatam ædificandam, ut sic in eo tempore etiam computetur id, quod præcessit ex die inchoatæ prioris insulæ: hæsitatur hic ex eo, quod lege præcedente significatur tunc agi posse ex hac stipulatione, cum tempus prætertisset, quo insula ædificari posset: præterierit enim totum hoc tempus, si solum, quod reliquum erat ad cœptam insulam perficiendam, id demos, quia et totius illius temporis pars altera jam ante præterierat. Sed placuit integrum tempus dandum esse, et recte, tempus enim ad ædificandum idoneum ex eo opere, quod instituitur, æstimandum est. Ad priorem insulam, quæ cœpta erat, satis esset id tempus, quod diximus, si quidem promissor in eo opere, quod cœperat, perseverasset. Nunc autem instituitur nova insula: necesse est ad eam tantum dari, quanto ad eam exstruendam est opus. In his enim dilatio ex re ipsa nascitur. *d. L. interdum, infr. eod.* Res autem de qua agitur, natura nisi intra novum spatium idoneum et integrum perfici non potest. Summa est: quod tempus promissori dandum est ad insulam ab initio ædificandam, idem dandum est ad insulam redintegrandam, si forte aliquis casus insulæ partem, quæ jam facta erat, abstulerit. Non computabitur in eo tempus, quod præcessit a tempore stipulationis:

quia id tempus jam nullum est, et ad id opus, quod postea secuturum est, faciendum est inutile. Neque vero promissori nocere debet, quod id preteriit, et amissum est. Amissum est enim casu. Casus fortuiti, ut ante dixi, nullo judicio præstantur, *d. L. contractus. infr. de reg. jur. L. quæ fortuitis. C. de pig. act. L.* 5. §. *nunc videndum supr.*
8 *com.* † Discamus hinc, quod dicitur in *L. quoties supr. de op. lib.* in his stipulationibus, in quibus opus faciendum promittitur, tempus cedere ex die stipulationis accipiendum esse cum hac exceptione, nisi pars inchoati operis casu absumpta sit ita, ut redintegrandum sit opus promissori. Quod si fit, intelligemus tempus illi cedere ex die operis redintegrandi.

Ad L. *Si Stichum.* 16.

Idem *libro VI. ad Sabinum.*

Si Stichum, aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus factus sit ex aliqua caussa: reliquum debetur mihi a te.

SUMMARIA.

1. *Pluribus rebus disiunctim promissis refert. extent adhuc in rerum natura omnes, quæ stipulatione comprehensæ sunt, nec obligatione liberatæ sint: an una ex his esse desierit, vel obligatione exempta sit.*
2. *Rebus pluribus disiunctim promissis unius solutione, acceptilatione, novatione et pacto de una re non petenda facto, tota solvitur obligatio.*
3. *Quid si una res ex pluribus, stipulatoris facta sit, et* n. 6.
4. *Explicantur verba* L. Reliquum deberi.
5. *Verba* L. ex aliqua caussa, *generaliter accipi tam de caussa onerosa quam lucrativa.*
7. *An alterius rei; quæ stipulatoris facta est, pretio oblato promissor liberetur.*

Cum quæritur, in stipulationibus quid debeatur, dubitationem afferunt præcipue illæ stipulationes, in quibus res plures promittuntur aut disiunctim, veluti Stichus, aut Pamphilus, aut collectim, verbo communi, aut generali: ut est homo, bos, equus. Nam cum in his res una præstanda sit ex pluribus, neque ea exprimatur verbis, ideo quænam ea sit dubitari solet. Sed de pluribus rebus disiunctim promissis, de quibus exemplum hic proponitur, agamus. Ac de his diversa tempora diver-
1 sas quoque dubitationes pepererunt. † Alia stipulationis conditio est, cum omnes res stipulatione comprehensæ extant adhuc in rerum natura, nec obligationis liberatæ sunt; alia, cum una ex his vel desiit esse, vel obligatione exempta est. Rebus extantibus, et eodem statu obligatione manente, qui prius fuerat, quoniam ea res debetur, et præstanda est, quam unus ex contrahentibus elegerit, eo hic quæritur de ejus rei electione, utrius sit, stipulatorisne, an promissoris, et utriuscunque eam esse statuerimus, quamdiu ab eo retineatur. De hac parte hic non agitur, de ea dicetur ad *L. qui ex pluribus.* 106. *infra. eod.* Quod si una res ex pluribus dari posse desierit, ut si Sticho aut Pamphilo promissis, Stichus mortuus sit, aut, quod est proprium hujus loci Stichus factus sit stipulatoris: hic quæri incipit non jam de electione promissoris, sed potius de ejus liberatione. Atque in eo hæc quæruntur, primum an eo modo desinat res deberi: tum si desinit, utrum ea re promissor in totum liberetur, an res, quæ superest, sola debeatur: postremo si debetur, quatenus. Re una ex pluribus promissis soluta, ut soluto Sticho, quis sit status stipulationis hic non quærimus; † hoc enim 2
pro explorato haberi debet, reb. plurib. disiunctim promissis unius solutione totam solvi obligationem: nec tantum solutione, sed etiam acceptilatione, novatione; eandemque et pacto de una re, non petenda interposito summoveri. *L. si unus.* §. *sed si stipulatus decem. supr. de pact.* Agitur de ea obligatione, de qua res una ex pluribus non

solutione. sed alio quovis modo ex empto sit, nominatim autem quæ facta sit stipulatoris; quam contestat jam amplius illius fieri non posse ; quo in genere illa quæruntur, quæ
3 modo dixi. † Et semel omnia Pomponius
brevi definitione, ac veluti uno verbu hoc loco est complexus, cum Sticho aut Pamphilo mihi promisississ, et Sticho postea meo
4 factu, ait reliquum mibi deberi a te. †
Duobus his verbis. *reliquum deberi*, significat neque obligationem ita manere, ut vetus quæ fuerat, sulida supersit ; neque rursum in totum esse exstinctam, eum sit adhuc ex ea. quod debeatur : sed ita eam rem, quæ stipulatoris facta est. non deberi, ut tamen altera debeatur. Ergo his verbis tres sententiæ continentur. Una est, et ea quidem prima in bac specie, si cæteras procedere volumus : hæc nimirum, cum ex pluribus rebus disiunctim promissis una stipulatoris facta est, hanc desinere amplius deberi, ut pruinde consequens sit hoc quæri, ea exemptio utrumne totius obligationis, an ejus tantum rei liberationem afferat. Id autem sentire Pomponium, quod dixi, reliqui verbum, quo utitur, satis declarat. Non est enim reliquum. nisi, quod priore detracto, aut sublato relinquitur. Quod si is servus, qui meus stipulatoris factus est, etiam nunc debetur, dicendum fuit, non reliquum deberi mihi a te, sed utrumque, ut prius. Sed res dubitationem non babet, si cum stipulatus essem Stichum, aut Pamphilum ex caussa lucrativa, Stichus postea meus factus sit ex caussa alia lucrativa. Ut enim si deberetur solus ex lucrativa caussa, et eum ex alia litem lucrativa nactus essem, continuo liberaretur debitor, quia jam amplius mihi Stichus is dari non posset, nec quidquam mihi abesset ejus nomine. *L. omnes debitores. supra de obl. et act.* de qua specie liberationis dicetur ad *L. inter*, §. *si rem. infr. eod.* ita et si disiunctim debeantur Stichus et Pamphilus ex lucrativa caussa necesse sit eum ipsum Stichum ex caussa lucrativa meum factum, amplius ex ea stipulatione deberi non posse. Sed quoniam non idem fieret, in uno Sticho debito, si is ex caussa onerosa meus factus esset. *L. ex promissione, supr. de obl. et act.* ideo hic dubitatur, an et tunc, cum Stichum aut Pamphilum sum stipulatus, si forte Stichus meus factus sit ex caussa onerosa, puta emptus, ne sic quidem desinat
5 mihi deberi. † Pomponii verba significant,
quacunque ex caussa meus sit factus, eum desinere ex proposita stipulatione disiunctiva deberi : ait enim *si alter ex eis meus factus sit ex aliqua caussa*, nihil distinguens. videlicet. ex qua, atque adeo nihil id ad definitionem pertinere existimans, dum modo
du *ex aliqua.* † Ergo etsi ex caussa one- 6
rosa meus factus sit, hic deberi desinerit. Quod et verum est : nam quomodo cum meus esse cœperit, amplius mihi dari. id est, meus fieri potest ? §. *sic itaque. Inst. de act.* Atqui certi juris est, sive res debita ex caussa non lucrativa mihi debeatur. sive ex caussa non lucrativa mea fiat, obligationem non tolli, sed actiones integras mihi manere : *d. L. ex promissione. supr. prox. tit.* Sed hoc in una re debita recte placuit. dum hoc agitur. ut consulatur stipulatori, consequaturque is, si minus rem, quæ jam illius facta est, at certe pretium rei, quod illi ex caussa onerosa abest : quod facit. ut res quoque ei quodammodo abesse videatur. ut dicemus pluribus suo loco. Quod si nihil interesset ejus æstimationem consequi ejus rei, quæ illius facta est, sine hæsitatione obligationem tolli diceremus, neque discederemus a regula communi. quæ dictat. cum res in eum casum recidit, a quo incipere non potest, extingui obligationem. *L. pro parte. supr. de ser. L. inter*, §. *sacram. infr. eod.* Constat autem non posse nos ab initio rem nostram stipulari. *L. nemo. 82. infr. eod.* Non eadem caussa est, cum ex duabus rebus disiunctim promissis, una mea facta est ex caussa etiam onerosa ; babeo enim alteram ex duabus, quam recte petam : ejus autem. quæ mea facta est. nihil interest mea æstimationem consequi : propterea quod si melior est ea, quam peto non est, cur laborem de alterius æstimatione, si promissor eam det, quæ petitur ; sin vilior tamen frustra ejus, quæ mea facta est, æstimationem desiderem. cum sit in potestate promissoris etiamsi meæ æstimationem petam, tamen eam quæ reliqua est, dare potius. Si hoc in re, quæ mea facta est, quamvis ea adhuc extet, placuit : non est mirum, si idem receptum sit, cum una ex duabus rebus disiunctim promissis, aut periit, aut desiit esse in hominem commerciis. *L. Stichum. in prin., infra de sol.* ut generaliter definiendum sit, cum illud stipulamur, quocunque modo fiet, ut una ex rebus promissis desinat posse stipulatori dari : hanc eximi obligatione. omninoque aut nihil ex ea stipulatione, aut solam reliquam deberi. Sequens ergo quæstio erat, una re hoc modo obligationi subducta, utrum tota solveretur obligatio, an ea res sola deberi desineret. Et hic altera illa sententia est, hanc deberi de-

sinere; cæterum manere obligationem, cum subiiciatur *reliquum deberi*. Ex quo intelligimus, quid intersit in hujusmodi obligationibus, utrum res una ex solutionis caussa facta sit stipulatoris, an vero ea sit exstincta, aut ex alia caussa stipulatoris facta deberi desierit; cum, ut dixi, unius solutione tota obligatio tollatur: *dict. L. si unus. §. sed si stipulatus decem. de pact.* non item si alio modo desinat deberi. At quamobrem hoc ita placuit, cum ex aliis caussis non minus res fiat stipulatoris, nec minus eximatur ex obligatione? Id facit in solutione non id, quod res soluta stipulatoris facta sit, et statim deberi desinat; sed quod solvatur, et accipiatur ea mente, ut promissor ea solutione in totum liberetur. Etsi enim hic duas res promisit verbis, re tamen ipsa unam promisit, quam daret, eam nimirum quam eligeret: promisit enim sub disiunctione. Ergo hanc, quam debuit solvendo, necesse est eum in totum ea obligatione liberari, *Inst. quibus mo. tol. oblig.* Nihil tale agitur inter stipulantem et promittentem, ubi res altera aut casu extincta est, aut aliunde pervenit ad stipulatorem. Ita hic ultra rem, quam natura, aut jus sustulit, progredi liberatio non potest. Restat tertium, quod hic diserte positum est, si ei altera res, quæ stipulatoris facta est, non debetur, et tamen non ideo solvitur tota obligatio, ut dicendum sit reliquam rem ex duabus promissis solam deberi; quod ut ex superioribus efficitur; ita vice versa hoc posito et superiora illa duo statui satis intelligunt. Ergo quæ res reliqua est, sola peti potest, uti sola debetur. Consequens esse videri poterat et illud ut et debitor hanc solam præstare deberet; quia juxta regulam juris, aliud pro alio invito creditore solvi non potest. *L. 2. §. 1. supr. si cer. pet.* ┼ Sed 7
bene monent, qui dicunt promissorem, quamvis reliquum debeat, tamen liberari, si alterius rei, quæ stipulatoris facta est, pretium offerat, hoc enim fieret, etsi alter ex servis promissis decessisset. *L. cum res. §. sed si Stichus. supra de leg. 1.* Quod non sine summa ratione placuit. Nam promissor in hoc genere stipulationis ab initio electionem habuit, utrum daret. *L. plerunque. in fin. supra de jur. dot.* hoc jus illi semel quæsitum neque casus aliquis, neque stipulator facto suo, et hic quidem multo minus adimere potuit. *L. ult. supra de pac. L. vero. §. 1. infra de sol.* Nam quod dicitur invito creditore aliud pro alio solvi non posse, sic accipiendum est, nisi potestatem aliud solvendi promissor ex conditione stipulationis acceperit, *d. L. vero, de solut.* quod hic factum est.

Ad §. *Stipulatio hujusmodi.*

Stipulatio hujusmodi, *in annos singulos*: una est, et incerta, et perpetua: non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur.

SUMMARIA.

1. *Si in annos singulos X. legentur, plura, eaque certa legata sunt, et legatarii morte finiuntur.*
2. *Secus in stipulatione; et quæ differentiæ ratio.*
3. *Effectus juris in ejusmodi stipulationibus constituti.*
4. *Contrariam testatoris et contrahentium voluntatem jus in legato, et stipulatione diversum efficere.*
5. *De stipulatione certæ summæ in annos singulos propter operas interposita.*

1 Hujusmodi legatum, Titio decem in annos singulos, vel quotannis, vel annua dari volo, sic acceptum est, ut quamvis verbis purum sit, tamen tacite conditionem habeat, si legatarius post primum annum vivet. *L. 4. supr. de an. leg.* Coniectura voluntatis hinc ducta; cum enim testator ita distribuit annuas pensiones, apparet id eum facere, ut sit, quod suppetat legatario quotannis ad victum, et usus vitæ necessarios: qui si vellet legatum pro commodo et arbitro legatarii consumi posse, poterat unam summam le-

gare ab initio, neque necesse erat eam distribuere in certas pensiones. Quod si legatum relinquitur ad victum aut vitam, habet omnino hanc conditionem, si legatarius vivet. Hoc constituto hæc sunt de hoc legato consequentia: primum plura hic legata esse; deinde certa: postremo legatarii morte finiri. Plura sunt legata: nimirum primi anni purum, sequentium conditionale. *d. L. 4. de an leg.* Id conditio adjecta facit; hoc enim efficit, ut legatum singulis annis finiatur, et idem repetatur; finitur sub conditione, si legatarius morietur: repetitur sub contraria conditione, si legatarius vivet; quemadmodum et ususfructus dicitur quotidie constitui eadem ratione, quia morte finitur. *L. 1. §. interdum. supr. de usufr. accresc.* Eadem hæc res facit, ut in hoc genere legati non semel inspiciatur conditio legatarii, sed singulis annis: ut si legatarius primo anno sit in potestate patris, ejus anni legatum patri acquirat: si deinde sequentibus annis sui juris fiat, eorum annorum legatum acquirat sibi. *L. cum in annos. supr. de an. leg. L. cum in annos. 10. et 23. et L. nec semel. supr. quan. di, leg. ced. L. quæ legata, infr. de verb. sig.* Idem legatum annum certum est: quia si spectantur singula singulorum annorum legata, ut spectanda sunt, quia singula sunt singulis annis distincte attributa, necesse est omnia esse certa, cum singula certam annuam quantitatem habeant, puta decem. Idem legatum finitur morte: *d. L. 4. de an. an. leg.* quoniam habet, ut dixi, conditionem, si legatarius vivet: quo mortuo ut deficit conditio legati, ita legatum extingui necesse est. Hoc jus de legato annuo quæstionem attulit in stipulationibus, videaturne idem probandum esse, et si stipulatus sim decem annua mihi dari. † Et pla-
9 cuit in stipulatione diversa esse omnia: contraria videlicet de caussa, quia stipulatio hujus generis nullam habeat conditionem, si stipulator vivet. Differentiæ ratio est, quod in legato annuo hæc mens est testatoris, ut legatum in pensiones certas distribuendo legatario consulat; et qui legatario consultum vult, non item consultum vult ejus heredibus: legata enim ob meritum legatarii in legatarium conferuntur; vel ob benevolentiam, quam erga eum habet testator. *L. nec adjecit. et L. seq. supr. pro soc.* quorum neutrum intelligitur in heredibus legatarii, ut plurimum testatori ignotis. At in stipulatione hæc mens est et cogitatio contrahentium, ut qui sibi cavet, velit etiam cautum heredibus; nec aliter existimantur res geri inter aliquos, nisi contra probetur. *L. si pactum, supra, de prob.* Ergo jam hinc hæc sunt consequentia, quæ totidem hoc loco traduntur, stipulationem hujusmodi et unam esse, et incertam, et perpetuam. Una est; quia una summa semel promittitur, plurium annorum illa quidem, sed annorum tamen semel et comprehensim uno verbo designatorum; quæ designatio unam stipulationem facit. *L. scire. vers. stipulationem, infra eod.* Si singuli anni designarentur specialiter hoc modo, decem primo anno, decem secundo, decem item tertio dare spondes? quot essent appellati anni, tot essent stipulationes. *L. penult. in princip. infr. eod.* nunc pluribus annis comprehensim designatis, una, ut dixi, stipulatio est. Non obstat, quod in legato annuo una summa appellatur semel et legatur, et tamen plura sunt legata. Etsi enim hic verbis unum legatum videtur: tamen sententia testatoris plura sunt propter conditionem tacite insertam, qua sit, ut legatum annuum singulis annis videatur et finiri, et reparti, ut supra dixi. Eadem stipulatio est incerta: quia si omnium annorum pensiones conjungantur, sunt infinitæ: quod autem infinitum, idem incertum, Est etiam incerta ideo, quia quandoque finiri potest, quanquam enim natura sua est perpetua; tamen pacto et conventione remitti potest. Dicitur, et est perpetua, quia morte stipulatoris non finitur et ideo non finitur, quia neque conditionem, neque diem habet, in quam desinat. Harum rerum effectus hi sunt. † Quod dicitur una esse 3
stipulatio, id efficet, ut si donationis caussa hæc stipulatio interposita sit, debeat insinuari; propterea quod etsi singulæ pensiones singulorum annorum non excedant legitimum donationis modum; tamen conjunctæ, quia sunt infinitæ, excedunt, et ita constitutum est *L. sancimus. §. ult. C. de dona.* Vulgo hunc quoque effectum esse docent, ut in stipulatione hujusmodi semel inspiciatur conditio stipulatoris, ut si forte is sit in potestate patris, eam patri solidum acquirat. *L. Senatus. §. ult. supra, de dona. cau. mor.* Et certe ita acquiri verum est; sed id nihil huc pertinet; non enim efficitur ex eo quia sit una stipulatio: nam etsi plures essent, et omnes conditionales: tamen omnes patri statim acquirerentur. *L. si filiusfam. in princip. infra eod.* Quod dicitur esse incerta, eam vim habet, ut non possit ex ea stipulatione agi condictione certi, sed agendum sit actione ex stipulatu. *Instit. eod. in princip.* Præterea eo pertinet, ut intelligamus ex eo stipulatione non posse peti singulorum annorum singulas præstationes. sed

necesse esse omnium annorum infinitas præstationes peti. Quod dicitur esse perpetua, significat eam transire ad heredes juxta regulam juris constitutam in *L. veteres C. de cont. et com. stip.* ✢ Sed hæc omnia ita sunt et de legato annuo, et de annua stipulatione, quandiu in legato, et stipulatione nihil doceatur de contraria voluntate testatoris, aut contrahentium. Cæterum interdum legatum annuum perpetuum est, nec conditionem habet: contra stipulatio annuæ præstationis, ut conditionem habet, ita est temporalis. Legatum hujusmodi perpetuum est, cum relinquitur civitati, aut ejusmodi universitati, quæ sit perpetua, ut Ecclesiæ, vel, quod idem valet templo. *L. annua. §. ult. L. penult. supra, de an. leg.* Idem juris est, si testator decem Titio dari voluit, et nominatim ejus heredibus; significantur enim heredum heredes in infinitum, ut est constitutum in *L. in annalibus, C. de leg.* Contra stipulatio temporalis est, si quis stipulatus sit sibi dari, quoad ipse vivet aut quoad vivet promissor. Ob eam caussam visum est Justiniano in hac specie plures esse stipulationes, ac proinde non indigere insinuatione singulas dict. *L. sancimus. §. ult. C. de donat.* quod plus quam manifestum est huic loco non adversari.

5 ✢ Sed etsi certam summam stipulemur in annos singulos simpliciter, si tamen stipulemur propter operas, quæ in annos singulos locatæ sunt; ut sunt operæ, ita operarum mercedem esse necesse est. Sunt autem singulorum annorum suæ et distinctæ operæ: imo vero eæ, quæ ut temporibus distinguuntur, ita distinctam habeant singulorum temporum obligationem. Sed et operæ partim casu, partim voluntate artificis, postremo etiam morte fiuntur: ut quod de usufructu dicitur, id possit, merito propter easdem caussas dici de operis has quotidie et constitui, et interire. *L. 1. §. interdum. supra de usu. acc.* Quo fit, ut et mercedis stipulatio in singulos annos, saltem tot annorum habeat stipulationes, quæ et initio cujusque anni cedant, et vertente quoque anno finiantur, ac prioribus finitis tum insequentium annorum novæ incipiant stipulationes succrescere. Qua ratione bene responsum est a Papiniano, cum servus fructuarius operas suas locasset non in annos quinque, sed simpliciter, sine adjectione temporis, et eo nomine in annos singulos dari quid stipulatus esset, finito usufructu domino residui temporis stipulationem acquiri. *L. si servus communis. §. cum servus. infra de stip. ser.* Id quidem plures esse stipulationes indicat, non unam: alioqui statim tota semel fructuario quæreretur. Sed hoc hoc eo fit, quia ita actum est propter operas, quarum nomine merces præstatur, et quarum merces sequitur conditionem. Ita ne hic quidem quidquam contrarium huic loco a Papiniano responsum est.

Ad L. *Stipulatio non valet*. 17.

Ulpianus *lib. XXVIII. ad Sabinum.*

Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione.

S U M M A R I A.

1. *Quomodo ex stipulatione sub impossibili, et ea, quæ in promissoris arbitrium confertur, conditione concepta, nulla nascatur obligatio.*
2. *Non eandem esse hujus conditionis possibilis, Si promissor volet, quæ cæterarum possibilium caussam.*
3. *Valet stipulatio: Cum volueris, dabis?*
4. *Non omnes conditiones in arbitrium collatæ, obligationi officiunt.*
5. *Non debere esse in arbitrio Rei, an debeat: quid quantumve debeat, esse posse.* et n. 11.
6. *Conditio quibus verbis in voluntatem promissoris conferatur.*
7. *Ex utraque conditione, Si voluero, Si volam, obligatio nulla.*
8. *In arbitrium promissoris conditio quibus verbis conferatur.*
9. *Legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi. Secus in stipulatione; et quæ diversitatis ratio.*
10. *Dotis promissio hæc: Dotis nomine dabo, quodcunque ero arbitratus, cur valeat.*
12. *Promissio in stipulatoris non tantum arbitrium, sed et meram voluntatem utiliter confertur.*

Sub conditione recte fieri stipulationem convenit. §. *omnis. Inst. eod. L. omnia, supra si cer. pet.* Duas conditiones excipimus: impossibilem, de qua dictum est supra in *L. impossibilis*; et eam, quæ confertur in arbitrium rei promittendi, de qua hoc loco. Utra ex his adjecta fuerit, placet stipulationem nullius esse momenti, ut hoc loco, et superiore illo traditur. Excipiendi ratio est quod utraque id agitur, ne ex stipulatione
1 obligatio nascatur: † dissimili id quidem via, si progressum spectes, sed tamen simili effectu utraque; ac sine obligatione stipulatio est inutilis. Prior obliqua quadam via ac velut per consequentiam id efficit: posterior recta et aperte. Impossibilis conditio adjecta, quia conditio est id agit, ne debeatur quid prius, quam conditio exstiterit: quæ potestas est omnium conditionum. §. *sub conditione. Inst. eod.* At conditio impossibilis existere non potest: ita fit, ut ex ea nihil possit deberi: hæc autem conditio, si promissor volet, recta huc fertur, planeque hoc efficit, ne promissor obligetur. Is enim demum obligatur, qui necessitate adstringitur alicujus rei solvendæ ut est definitio obligationis. *Tit. inst. de obl.* nunc autem hac conditione id agitur aperte, ne det promissor, nisi velit, idest, ne necessitate dandi obstringatur. Nulla igitur obligatio ex hac conditione: hæc ratio et collectio est de hac specie exposita in *L. in vendentis, C. de cont. em.* In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione obligatio nulla est, ajunt Imperatores: addita ratio ex definitione obligationis petita quia non adstringit necessitate contrahentes. Ejusmodi est et illa Pomponii ratio de hac specie in *L. sub hac. supr. de obl. et act. pro non dicto est enim*, inquit, *quod dare, nisi velis, cogi non possis.* Et hic necessitate dandi detracta, colligit nullam esse obligationem. Sed potuit in hac specie res habere dubitationem: quo diligentius superiore ratione adversus eam dubitationem confirmari debemus. Diceret enim aliquis hanc conditionem, si promissor volet, esse ex earum genere, quæ natura existere possunt, potest enim promissor velle postea: cur ergo ejus eventus non expectatur, ut et cæterarum possibilium conditionum? Quia, videlicet, frustra exspectetur: etsi enim postea dixerit promissor se velle, non eo tamen obligabitur magis. At hoc etiam majorem dubitationem habet, dixerit quispiam. Cur enim dare volens non obligetur postea, qui si ab initio dare voluisset, obligaretur? nam et in cæteris conditionibus possibilibus id accidit, ut an-

tenuam conditio extiterit, nihil debeatur: conditione autem existente continuo obligetur promissor. Cur ergo et hac conditione adjecta, *si volam*, non idem fit, ut non obligetur quidem promissor priusquam voluerit, et si nunquam voluerit, nulla sit obligatio neque in ipsum, neque in heredem ejus:
2 cæterum ubi voluit, statim obligetur? ✝ Dissimilis hujus conditionis quamvis possibilis, et cæterarum possibilium caussa est. Sub hac conditione, si promissor volet, jam ab initio ita fit stipulatio, ut statim sit inutilis: utpote qua id actum est, ne promissor, nisi volens teneretur, idest, ne obligaretur: quod non item fit ex cæteris conditionibus. Quamvis igitur promissor postea velle cœperit, non ideo confirmabitur stipulatio, quæ ab initio nulla fuit: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest. *L. quod initio. inf. de reg. jur.* Sed verba definitionis hujus loci expendantur, ut videamus quid hic jus exigat, quo stipulatio sit inutilis. *Non valet stipulatio*, inquit, Pomponius *in rei promittendi arbitrium collata conditione*. Jam primum hic conditionem exigi, ut et exigitur in *L. in vendentis. C. de contr: em.* Consulto additum est de conditione, ut intelligamus etiamsi in arbitrium promissoris conferatur stipulatio: nisi tamen id fiat expressa conditione in id arbitrium collata, stipulationem nihilominus valere. Stipulationem hanc, si volueris, dabis? inutilem
3 esse constat: ✝ at hanc placet valere, cum volueris, dabis? *L. centesimis. §. ult. infr. eod.* Atqui his verbis, cum volueris, non minus inest hæc conditio, si volueris. *L. quodcunque §. pen. infr. eod. L. si Titio, supr. quan. di. leg.* Ita est; sed non exprimitur tempus, exprimunt hæc verba, cum volueris, et per tempus conditio significatur, ut est in *d. L. si Titio.* Hic locum habet regula juris expressa nocent, non expressa non nocent. *L. expressa, infr. de reg. jur.* Conditionem præterea esse volumus, quæ conferatur in arbi-
4 trium. ✝ Sed multæ conditiones in arbitrium conferri possunt, quibus tamen adjectis oblitio contrahitur: ut puta, valet venditio servi hac conditione, si rationes domini ejusdemque venditoris computarit arbitrio. *L. hæc venditio, supr. de cont. em.* Stichus tibi emptus sit tot aureis, si tibi intra Calendas placuerit. *§. pen. Inst. de em. et vend.* Videndum est igitur, quam conditionem superioribus verbis intelligamus. Et quoniam de stipulatione sermo est, cujus conditio nominatur, conditionem accipere debemus eam ipsam, quæ stipulandi, et promittendi conditio est, idest, sub qua stipulamur; et promitti-

mus id, quod in stipulatum deductum est: ✝ 5
eam, qua ponatur in potestate et arbitrio debitoris, an debeat id, de cujus obligatione agitur, non item quid, aut quando debeat. Nam hæc posteriora in arbitrio ejus poni possunt. *L. 2. §. Scævola, supr. de eo, quod cer. lo.* Et ideo in *L. in vendentis, C. de conc. em.* cum definitor nullam esse obligationem *collata in vendentis, vel ementis voluntatem conditione*, adjectum est, *comparandi*, ut sit, ea conditione qua ponitur in arbitrio alterutrius, utrum velit comparare, necne: cæterum voluntate emendi constituta nihil prohibet aut aliud conferri in arbitrium ementis, aut illud, quando velit: cujusmodi sunt illæ emptiones, de quibus supra dixi; quas ob id valere traditum est. Sed nec omnis conditio, qua fiat, ut sit in arbitrio promissoris, an debeat, vitiat stipulationem, neque adeo verbis hujus definitionis continetur: Hæc enim verba, in rei promittendi arbitrium collata, ἐμφατικῶς accipienda sunt, ut ea demum conditio intelligatur, qua ipsum id arbitrium quod dicitur, non tegitur verbis, sed aperte exprimitur, ut dicat promissor, dabo si volam. Enimvero hoc modo stipulatio recte fit, si in Capitolium ascenderis, dabis? etsi in potestate tua sit non ascendere, atque ita efficere, ne quid debeatur. Nam et legatum, quod in alienam voluntatem conferri non posse dicitur, sic inutiliter relinquitur, si Titius voluerit: hoc modo recte, si Titius Capitolium ascenderit: idque eadem illa regula juris, quam supra dixi, defenditur, expressa nocent: non expressa non nocent. *L. nonnunquam. supr. de cond. et dem.* Atque ex his potest intelligi, quomodo interpretandum sit illud *L. a Titio. §. ult. infr. eod.* nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promissoris statum capit. Non debet videlicet ea promissio statim existimari ex promissoris voluntate statum capere, ex qua non obligatur promissor, nisi velit: sed ea quæ conceptione ipsa habeat inclusam hujus ipsius voluntatis conditionem apertam, ex cujus eventu pendeat status et vires promissionis. Postremo etiam arbitrii verbum, quo Pomponius utitur, expendendum est. Aliis locis cum de eadem re jus, traditur, solius voluntatis promissoris fit mentio. diciturque alias, nullam esse obligationem conditione comparandi in voluntatem contrahentium collata, ut in *d. L. in vendentis, C. de con. em.* alias nullam esse promissionem, quæ ex voluntate promissoris statum capit, de quo modo dixi. *d. L. a Titio. §. ult. infr.* Et sane qui repudiat eam conditionem, quæ in arbitrium promis-

soris collata est, multo magis eam rejicit, quæ collata est in ejus meram voluntatem, qua posita multo minus promissor cogi possit, si nulit. Sed plus, ut dixi. Pomponius hoc loco est complexus: ait enim etiam tunc stipulationem non valere, cum conditio in arbitrium promissoris collata est, eodemque modo definita res est ab Ulpiano in *L. hæc venditio. supr. de cont. em.* Quod eo pertinet ut intelligamus, sive in voluntatem promissoris conditio collata sit, sive in arbitrium, idest, sive verbo voluntatis concepta sit, sive verbo arbitrii, pariter ex utraque conceptione promissorem non teneri. † Confertur conditio in voluntatem promissoris his verbis, 6
7 dabo si voluero, dabo si volam: † et ex utraque pariter stipulatio nulla est. De priore scriptum est in *L. centesimis. §. ult. infr. eod. et L. hæc venditio. supr. de cont. em.* de posteriore multo apertius, et quidem ex professo in *d. L. sub hac. supr. prox. tit.* ut satis mirari nun possim, quid quibusdam venerit in mentem, ut de posteriore hoc loco id negarent. Sic enim Pomponii in *d. L. sub hac.* verba sunt: *sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio:* et ne temere quisquam dictum putaret, addita est ea ratio, quam supra commemoravi, *pro non dicto est enim, quod dare, nisi velis, cogi non possis:* Sed quod magis miror, ne parum esset negare, quod certo illic scriptum esse constaret, conati sunt etiam sententiam suam rationibus defendere, videlicet, et certam Pomponii, idest, juris definitionem oppugnare. Verbum *volam*, inquiunt, extensivum est, et tractatum habet temporis; verbum *voluero* nun item itaque ex his verbis, *si volam*, qui primo voluit, adhuc voluntatem mutare potest, et nolle dare; ex his autem, *si voluero*, qui semel voluit amplius mutandæ voluntatis potestatem non habet. Et hæc quidem de potestate harum conditionum differentia tradita est in *L. si quis stipulatus. 112. inf. eod.* Sed quid effecerunt hac ratione, nisi ut probarent multo minus valere stipulationem sub hac conditione, *si volam*, quam sub illa *si voluero?* Etenim si ex his conditionibus ideo non valet stipulatio, quia ex his nulla obligatio est; necesse est, quo minus ex alterutra harum obligabatur promissor, eo minus ex ea et stipulationem valere. Atqui nihil aliud probet superior ratio, nisi minus obligari promissorem, qui dixit, *si volam*, quam eum qui dixit alterum. Nam profecto eum multo minus obligari certum est, qui postquam aliquando dixit se velle, nondum tenetur, sed voluntatem mutare potest, quam eum, qui ubi semel voluit, revocandæ voluntatis jus nun habet. Quapropter vel ista ratione ipsa sub hac conditione, si promissor volet, multo minus stipulationem valere fatendum est. Hæc de conditionibus in voluntatem conceptis. † In arbitrium autem rei 8
promittendi confertur maxime conditio his verbis, quæ hoc arbitrium exprimunt, si dicat promissor, dabo si putavero, si existimavero, si fuero arbitratus, si justum, si utile videbitur. *L. si sic legatum. supr. de leg. 1. L. 11. §. quanquam. supr. de leg. 3.* Si stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione, ut hic scriptum est; conficitur una aliqua ex suprascriptis conditionibus addita stipulationem non valere. † 9
Atqui legatum si istis verbis in arbitrium heredis collatum sit, placet deberi, tanquam viro potius bono commissum, quam in plenum arbitrium voluntatis, seu in meram voluntatem heredis collatum, ut supra scriptis proximis duobus locis expressum est. Sed hoc in testamentis placuit: sic enim scriptum est in *L. 1. supr. de leg. 2.* cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi. In testamentis additum est, quo significatur non sic stipulationem in arbitrium cujusvis collatam pro boni viri arbitrio accipiendum esse, nec immerito. In legatis enim voluntas testatoris, a quo legatum proficiscitur, et spectanda et sequenda est. *L. ex facto, §. rerum. supr. de here. Inst. L. 12. in fi. supr. de leg. 1.* In stipulationibus mens et voluntas contrahentium: in primis vero promissoris, secundum quem in ambiguis stipulationem interpretamur. *L. non solum. supr. de oblig. et ac. L. stipulatio ista. §. in stipulationibus. infr. eod.* Semper autem testatur ita affectus creditur, ut velit, quod legat præstari, nisi id fieri aperte iniquum sit. Inde dictum in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis, infr. de reg. jur.* Contra promissor quivis, quia se respicit, et quam minimum potest, cupit obligari, ita est affectus, ut ne obligetur secus, aut ultra quam verba stipulationis patiantur. Arg. *L. quidquid. infr. eod.* Atqui hæc verba, si promissor putaverit, si arbitratus fuerit decem danda esse, conditionem manifestam habent. Valeant igitur pro conditione ex significatione verborum, et promissoris sententia, qui hac solum conditione obligari voluit. Quod si fit, jam id arbitrium pro boni viri arbitrio non erit: boni enim viri arbitrium certum est, quod in personam debituris collatam neque conditionem neque moram ullam recipit. *L. 1. supr. de leg. 2.* Denique si conditio hæc ad boni viri arbi-

trium refertur, pro non adjecta habebitur, sive promissor arbitratus sit, sive non sit nam illo arbitrante revocatur nihilominus res ad æstimationem boni viri. *L. si quis arbitratu. infr. eod.* non arbitrante autem, conditio pro impleta habebitur, idque debebitur, quod arbitrabitur vir bonus; quia per promissorem stet quominus conditio impleatur, *L. hæc venditio. supr. de cont. empt.* Detracto in his conditionibus arbitrio boni viri relinquitur solum promissoris arbitrium: ex quo statum capere stipulatio non potest: cum pro dicto non sit, quod dare quis nisi velit, cogi non possit. *d. L. sub hac. supr. prox. tit.* Legimus quidem, aliquando recipi promissionem, cujus quantitas promissoris arbitrio committatur: sed nusquam, cum promittitur quid, adjecta nominatim conditione, si id promissor volet dare, aut
10 si erit arbitratus. Utputa, ✝ hæc promissio dotis recepta est: dotis nomine, dabo quodcunque ero arbitratus. *L.* 3. *C. de dot. prom.* sed iden quia neque conditionem habet, quæ aperte conferatur in arbitrium promissoris; et si haberet, nihilominus valeret: quia non est ea conditio, sub qua dos promittatur, sed ex qua jam nunc appareat promissorem omnino dotem dare velle, quantacunque ea futura sit: verum de quantitate quæri, quæ
11 ipsius arbitrio permittatur. ✝ Jam dixi non debere esse in arbitrio rei, an debeat: quid, quantumve debeat, esse posse. *d. L.* 2. §. *Scævola. supr. de eo, quod cer. loc.* Et tamen quia si res mero ejus arbitrio committatur, inutilis promissio futura est, quoniam possit isto modo unum obolum dando liberari: ideo placuit boni viri arbitrium hic intelligi, et verba sic accipi, quocunque promissor arbitratus erit, si modo erit æquum arbitratus. *d. L.* 3. *C. de dot. prom.* Sed et illam venditionem servi valere diximus, si rationes putaverit domini arbitrio, et quod de arbitrio domini hic dictum est, in arbitrium magis boni viri collatum videri, quam domini. *L. hæc venditio, supr. de cont. em.* Quod et ipsum eadem ratione defenditur: quia et hic videlicet, hic non confertur in domini arbitrium, an vendat, sed an servus recte putet rationes, sub qua conditione recte potuit venditio contrahi. ✝ 12
De illo dubitari non debet, quin promissio in stipulatoris non tantum arbitrium, sed etiam meram voluntatem utiliter conferatur hoc modo; si voluero, decem dabis? Nam et legatum, quod constat in alienam voluntatem, conferri minime posse. *L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* Tamen hoc modo recte relinquitur. Titio, si voluerit, do, lego. *L. si ita expressum supr. de cond. et dem.* Stipulatio hic conditionalis est: proinde et tanquam sub alia quavis conditione concepta valet ut conditione expleta pecunia debeatur. *L. hujusmodi.* 20. *L. a Titio. infr. eod.* Et quid hic stipulationi obesse possit: cum hac conditione si stipulator volet, id agatur, non ut promissor non debeat, nisi velit, ut in superiore; sed ut debeat, etsi nolit? Quod si in arbitrium stipulatoris potest conferri, an ei debeatur, minus mirum videri debet, si et in ejus arbitrio poni possit, quid debeatur. Itaque hanc promissionem operarum semper valere constitit, cum libertus patrono promittit tot operas, quot patronus arbitratus sit, idest, non certas operas, si patronus velit; sed ex infinitis quot, et quas velit, *L. si libertus ita. supr. de ope. lib.* Sed hoc recepto, ut stipulatio hæc valeat, etiam illud recipiendum fuit, ut quemadmodum in cæteris caussis, de quibus diximus, et similibus; sic et in hac stipulatoris arbitrium pro boni viri arbitrio accipiatur: quod et factum est *d. L. si libertus ita.* huc facit *L. in personam.* §. ult. *infr. de reg. jur.*

Ad L. *Qui bis idem.* 18.

Pomponius *lib. X. ad Sabinum.*

Qui bis idem promittit, id eo jure amplius quam semel non tenetur.

SUMMARIA.

1. *Si bis idem promittatur, an utraque stipulatio valeat, et ex utraque promissor pariter obligetur, an vera altera inutilis.* et n. 3.
2. *Accursii sententia ratione juris, et verbis hujus L. refutata.*
4. *Illustratio L.* Qui usumfr. infr. h. t. *et* L. Si pupillus. §. ult. de novat.
5. *Cur duarum ejusdem rei stipulationum eodem modo confectarum non idem effectus.*
6. *Lectio hujus. L.*
7. *Eadem res sæpius legata in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest.*
8. *Quid diversitatis in proposita quæstione inter legata et stipulationes.*
9. *Effectus posterioris stipulationis circa præscriptionem longi temporis.*
10. *Cautio quid in* L. Cum notissimi, C. de præs. trig. vel. quadr. n.
11. *Idem promittere quis intelligatur in certis corporibus et in summis.*
12. *An testator, qui eandem summam legat sæpius, legatum multiplicare voluisse præsumatur.*

Qui bis idem promittit, inquit Pomponius, *ipso jure amplius, quam semel non tenetur.* Hoc, *non tenetur.* quomodo accipiendum sit,
1 quæritur : † utrum hoc modo, ut non teneatur actione, nisi semel, quamvis utraque stipulatio valeat, et ex utraque promissor pariter obligetur; an vero hoc modo, ut ne obligetur quidem, nisi semel, idest, nisi ex una tantum stipulatione quia sit, altera inutilis. Utrum horum dicamus, in præstatione ejus, quod recte petitur, et præstandum est, nihil refert : eum utroque modo fiat, ut unum semper consequatur creditor; hoc autem semel consecutus, eo contentus esse debeat, quia amplius ex altera stipulatione idem exigere non possit : id quod si constat eum facere non posse, non multum ad rem pertineat, utrum ideo non possit ex ea idem petere, quia jam ab initio ea stipulatio non valuerit, an vero ideo, quia perceptione rei debitæ reddita sit inutilis, et sit consumpta. Sed ad judicii institutionem ut procedat, omninoque ad agenti commoditatem nonnibil interest. Si enim una tantum stipulatio jam ab initio sit utilis, et agamus ex altera, eveniet, ut nihil agatur : cum ex inutili nec debeatur quidquam, nec sit ulla actio. *L. certi.* §. *numeravi. supr. si cer. pet.* Sed et hoc intelligi ad veram caussam hujus sententiæ eruendam, et aliorum eorum, qui sunt de hac re explicationem pertinet. Danda igitur opera, ut de eo recte constituamus. Sunt, qui prius malint eum Accursio hoc loco: ut valeat utraque stipulatio, scilicet, cum nihil proponi putent, cur utraque non valeat, si rite facta est ; sed ideo non teneatur promissor, nisi semel, quia jam non possit idem exigi ex stipulatione altera : refragante nimirum regula juris, quæ dictat, bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. *L. bona, infr. de reg. jur.* hanc quidem interpretationem verbum, *tenetur,* recipit, nec haberem, eur cum Bartolo, et aliis veteribus, ac recentioribus quibusdam doctis interpretibus dissentirem, si cætera quæ adiiciuntur, consentirent. Nunc autem volunt in hac interpretatione eum bis idem promittitur, ut duæ sunt stipulationes rite factæ, ita pariter esse utiles, pariterque manere, ut proinde ex utraque et obligatio, et actio nascatur. † 2
Hoc vero falsum est, nec magis aliis locis, et vera ratione juris, quam verbis hujus ipsius loci refellitur. Nam si hic duæ sunt obligationes, et actiones de eadem re, eveniet quidem, ut una expertus creditor, et consecutus, quod debetur, alteram quæ ejusdem rei persecutionem habet consumat : sed per exceptionem id fit, non ipso jure, ut scribit Paulus in *l. qui servum.* §. 1. *supr.*

de obl. et act. Ita et altera, idest, his etiam nunc ipso jure agi poterit: quod hic negatur ubi traditur amplius, quam semel agi non
3 posse, et quidem ipso jure. † Res sic habet, quod ex aliis locis constat, et manifesta ratione juris efficitur: qui his idem promittit, is amplius, quam semel ideo non tenetur, quia nec obligatur ab initio, nisi semel, idest, nisi ex una stipulatione: propterea quod necessario altera sit inutilis, cogente ita vel natura rerum, vel juris ratione. Nam si prior stipulatio ante inutilis fuit, sive quod ipso jure non valeret, sive quod adversus eam exceptione tutus esset promissor, posterior quidem ejusdem rei stipulatio recte contracta sine dubio valebit: *L. si dari.* 25. *infr.* sed solam valere necesse est, si altera est inutilis: idque natura ipsa efficit; cum ex duabus si unam inutilem esse posueris, necesse sit eam, quæ relinquitur, si sit utilis, solam utilem relinqui. Quod si prior erit utilis, frustra idem postea et inutiliter stipulemur, perindeque id erit jure, quasi omnino stipulati non essemus, ita fiet rursum, ut sola prior maneat, quæ fuerat, posteriore inutili constituta. Id quidem perspicue traditum est in *L. qui usumfructum. infr. eod. et L. si pupillus.* §. *ult. infr. de novat.* sub exemplis eorum, qui primo totum, deinde partem ejusdem totius stipu-
4 lati sunt. † Sic enim illic scriptum est: *qui actum stipulatur; deinde iter*; aut *qui usumfructum stipulatus, deinde stipulatur usum*, idest, aut idem aut minus, id tamen quod actu aut usumfructu continebatur, *posteriore stipulatione nihil agit: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit.* Utrobique posteriore stipulatione, quæ sit ejusdem rei, nihil agi dicitur. Non recte hæc verba accipimus, si aliter, quam posteriorem stipulationem nullam esse interpretamur: sic enim futurum esset, si nihil egissemus, idest, si nihil postea essemus stipulati. Sic et horum verborum usus est, et significatio in *L. maritus. in fin. infr. ad leg. Jul. de ad. et L.* 1. *in fi. supr. quan. di. us. leg. ce.* Quid illud, quod in *d. L. si dari, infr.* ab eodem auctore Pomponio scriptum est, an non aperte idem confirmat? ubi cum creditor id, quod jam ei ex stipulatione debebatur, iterum stipulatus esset, et prior stipulatio exceptione infirmaretur, respondit Pomponius, promissorem obligari ex posteriore stipulatione hac sola de caussa, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante. Quid ergo, si prior sit aliqua et sit utilis? Satis significat dicendum fuisse, promissorem ex posteriore non obligari: tolle enim caussam juris, ac jus sustuleris. *L. si dictum. supr. de pac.* alioqui erit ineptissima ratio, qua etiam cessante nihilominus idem juris futurum fuerit. † Sed 5
cur, quæret aliquis, cum bis idem ab eodem stipulamur, si prior stipulatio valet, posterior est inutilis: cum posterior eodem modo confecta, quo prior, videatur eundem effectum habere debere, et nihil prohibeat eandem rem ex pluribus caussis deberi, nihil prohibeat plures de eadem re ex diversis caussis et contractibus esse actiones. *d. L. qui servum* §. 1. *supr. de ob. et ac. L. pro socio arbiter, supr. pro soc.* Et hoc vulgo recte expediunt. Inventæ sunt enim stipulationes, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest, quod utile est. *L. stipulatio. ista.* §. *alteri infr. eod.* ut autem promittatur iterum creditori quod jam ex stipulatione utiliter debetur, ejus nihil interest, neque ad summam stipulationis cui nihil adiicitur, neque ad obligationis cautionem, quæ in priore stipulatione semper eadem futura est. Itaque licet jam ad ea, quæ contra dicebantur, respondere hoc modo. Ex pluribus caussis nihil prohibet idem deberi, et peti posse: sed ita, si modo singulæ caussæ per se consistant, et valeant jure: quod in posteriore ejusdem rei stipulatione fieri negamus. At enim modo conficitur posterior stipulatio Non ideo eadem interveniunt in ea, quæ in priore, quæ ad vim et substantiam obligationis pertinent. Priore stipulabamur, quod nostra interesset nobis dari, cum nobis ex stipulatione alia non deberetur: posteriore id stipulamur, quod nostra non intersit ex ea deberi. Ut ergo nostra non obstet posteriori: obstat tamen juris ratio. Deest enim finis, propter quem omnes stipulationes inventas esse diximus, stipulatoris nimirum utilitas, Et quidem legatum ipsum ob hanc caussam inutile esse constat, si nihil amplius sit in legato, quam legatario debeatur, quia nullum commodum afferat legatario. §. *ex contrario. Inst. de leg.* Id de legato constitutum, multo justius de stipulatione dixerimus, quia legatis propter supremam voluntatem magis faveatur. Hinc intelligitur, quid sit, quod hic dicitur, posteriore stipulatione promissorem non teneri ipso jure. Id enim est, lege ipsa, et ratione Juris Civilis certa, quæ de stipulationibus constituta est: intelligamus ad posteriorem stipulationem infirmandam non esse opus exceptione, quasi quæ alioqui Jure Civili teneat: sed eam ne eo quidem jure valere, ut declarat. *tit. de exrep. Inst.* † In Pandectis Florentinis legitur 6
id eo jure, ut sit, id eo jure non tenetur pro. non ideo juro tenetur. Sed vix est, ut quis-

quam isto sensu hoc modo loquatur. Est enim potius hic sensus eorum verborum, qui bis idem promittit, ob eam causam amplius quam semel, non tenetur: quæ sententia falsa est: non enim ideo non tenetur, quia bis promisit, sed quia non promisit utiliter: itaque rectior est aliorum exemplarium lectio, ut legamus ipso jure. Et tamen si illam alteram recipimus, erit idem sensus: Nam promissorem non teneri posteriore stipulatione jure, valet non teneri Jure Civili; quod per excellentiam jus absolute, et ipsum jus appellatur. Summa huc redit utraque lectione, eum qui bis idem promisit, si prius utiliter promisit, posteriore stipulatione tan-
7 quam inutili non obligari. † In legatis quoque non dissimiliter hoc servatur, ut sit eadem res sæpius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non possit. *L. plane. §. 1. supra. de leg. 1.* An quod ex utraque scriptura legatum debeatur, ex altera autem solum peti possit? Imo quia judicio testatoris debeatur tantum ex altera, legatum enim testator multiplicare noluit, ut est in dict. *L. plane:* neque vero præter ejus
8 voluntatem sæpius debebitur. † Sed inter legata et stipulationes hoc interest, quod in stipulationibus diversis ejusdem rei constituimus priorem valere, posteriore reiecta, quia apparet in his, quæ diversis temporibus constituuntur, utra prior sit, utra posterior: In legato ejusdem rei repetitio, sæpius etsi plura legata non sunt; tamen ex utra scriptura legatum debeatur non definimus, quia nec potest: ideoque ex utra petatur, nihil refert. Nullum namque in testamento legatum prius, nullum posterius intelligitur, ut dici possit prius valere, posterius esse inutile. Scripturæ testamenti diversæ sunt; sed testamentum unum est, uno eodemque tempore confectum, ex quo legata debentur. Et quod certissimum hujus rei argumentum est, ex morte testatoris legatorum omnium pure, aut in diem relictorum, dies cedit, idest, omnia pariter eodem illo tempore deberi incipiunt. *L. 5. supr. quan. di. leg. ce.* hoc autem tempus mortis, adversus omnia legata
9 pariter unum est, non duo. † Sane qui bis idem promittit, promissione posteriore interrumpit præscriptionem longi temporis, quæ cedebat adversus stipulationem priorem, ut est constitutum *L. cum notissimi. §. sed etsi quis. C. de præ. trig. vel quad. an.* Sed non ideo posterior promissio utilis est ad promissorem obligandum, de quo nunc agitur: non enim contingit ista interruptio propter stipulationem sequentem, sed propter agnitionem debitoris, qua ille cautionem iterum emittendo debitum agnovit, ut eodem loco constitutionis declaratur: nam etsi debitor cautionem solum emisisset, idest, chirographum duntaxat, idem fieret; † et fortasse 10
verius est cautionis verbo stipulationem alteram, sed confessionem, et chirographum debitoris in ea constitutione intelligi debere. Dicitur enim illic debitor ad agnoscendum suum debitum secundum cautionem in creditorem exposuisse. Stipulationes ad obligationem constituendam, non ad agnoscendam interponi solent: chirographa et testationes ad agnoscendam. Sed hæc ideo dicta sunt, qui bis promisit idem. † Idem promittere 11
intelligitur in certis corporibus, qui corpus idem designavit, quod prius debebat, etsi non dicat, quod prius debebam. In summis non continuo promittit eandem, qui eandem quantitatem nominat, sed ita, si adjecerit se eam promittere, quam prius debebat, aut si de ea agi ex præfationibus, et bis quæ antegressa sunt, constabit. Nam cum decem ea, quæ posterius nominu, in genere promittuntur, non in specie, non necesse est hæc eadem esse cum illis, quæ prius erant promissa. Ac ne illud quidem etiam verisimile est creditorem, si eadem decem postea intelligeret, ea fuisse iterum stipulaturum, cum ex ea stipulatione nihil amplius consequeretur, quam prius habet. Proinde decem posteriore stipulatione comprehensa tanquam alia recte petentur, nisi quid de sententia contrahentium aliud a promissore probabitur. † In testamentis 12
cum testator eandem summam legat sæpius, placuit non aliter testatorem videri legatum multiplicare voluisse, quam si evidentibus probationibus id ostenderetur. *d. L. plane. §. 1. de leg. 1.* quippe personæ testatoris ratio aliam admittit voluntatis coniecturam. Quominus enim intelligatur ille voluisse multiplicare legatum, duo obstant: primum affectus erga heredem, quo fit, ut eum quam minimum onerare velle existimetur. *L. unum, 67. §. si rem, supr. de leg. 2.* deinde affectus ipse erga legatarium, qui quoniam ex meritis ejus nasci solet. *L. nec adiecit. supr. pro. soc.* non est probabile in paribus meritis legatarii eum affectum in progressu testamenti majorem esse, quam fuit in initio, cum testamentum instituit: quod si esset, fuit in potestate testatoris de voluntate sua clarius testari; et vero si legatum multiplicari vellet in gratiam legatarii, non fuisset prætermissurus. Adde his visum et consuetudinem loquendi; cujus est, ut qui viginti præstari vult, dicat viginti, non autem decem, etsi decem sæpius nominet.

Ad L. *Si stipulatio. facta.* 19.

Idem *libro XV. ad Sabinum.*

Stipulatio facta fuerit: *si culpa tua divortium factum fuerit, dari?* nulla stipulatio est: quia contenti esse debemus pœnis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat pœnæ, quanta lege sit comprehensa.

SUMMARIA.

1. *Turpes stipulationes nullius momenti.*
2. *Quatenus matrimonii non contracti, aut divortii pœnam liceat stipulari.*
3. *Lectio Florentina rejecta.*
4. *An pœnam adversus delictum ne fiat ultra modum legibus constitutum, stipulari liceat.*
5. *Cur in divortii caussa potius quam in facto et similibus, pœna supra modum legibus constitutum exigi non permittatur.*

1 Turpes † stipulationes nullius momenti esse constat. *L. generaliter.* 26. *inf. eod.* hujus generis habita est Romanis stipulatio, qua quis vinculo pœnæ adstringitur ad matrimonium contrahendum, aut contractum retinendum, ut multis locis declaratur *L.* 2. *C. de inut. stip. L. neque ab initio. C. de nup. L. Titia. infra. eodem.* Idem confirmatur hoc loco addita hac ratione, quod contenti esse debeamus pœnis legum, de qua
2 mox amplius. † Sed quod præcipue agitur hoc responso. idest, ut declaretur non esse hoc jus præfracte retinendum, quasi aut matrimonii non contracti, aut divortii pœnam nullo modo stipulari liceat. Adjicitur enim exceptio, quam potissimum hic spectare debemus, *nisi et stipulatio tantundem habeat pœnæ, quanta lege sit comprehensa:* hactenus videlicet et hujusmodi stipulatio est utilis. Recte: sic enim pœna secundum leges promittitur, non contra, eoque est stipulatio nec turpis, nec injusta: hujus generis pœnas comprehensas dabemus in *L. consensu. C. de repud.* Illa ratio, quam dixi, animadvertenda est, cum ita scribit: *nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus pœnis legum, vel pœnis legibus comprehensis.* (alterutro enim modo
3 legendum est † non ut in Pandectis Florentinis, *pœnis legum comprehensis.*) Si genera-
4 liter hoc dictum putamus. contentos non esse debere pœnis legum. falsum est. † Quid enim, si alicujus delicti cœrcendi caussa, ne fiat, pœnam stipuler ultra modum pœnæ adversus id delictum constitutæ; veluti, si stipuler a fure, nec manifesto quadruplum aut quintuplum, nisi rem furtivam mihi restituat intra Calendas proximas? non puto dubitandum, quin stipulatio valeat. Ille enim de re privata et familiari promisit: de qua cuivis pacisci licet, et paciscendo deteriorem conditionem suam constituere, *L. jurisgentium* §. *si paciscar. L. pactum. supra de pac.* Quid, quod in caussa evictionis, in qua ex Jure Civili dupla tantum promitti debet. licet nihilominus pacisci, ut triplum aut quadruplum etiam promittatur, et rata est conventio? *L. si dictum. in prin. supr. de evict.* et tamen nihil peccavit venditor, si res ignoranti esse alienam, aut invito evicta est: ut manifestum sit hanc pœnam ob delictum ejus non statui. Quanto ergo citius pœnæ promissio servanda est, quæ adversus delictum ne fiat, etiam supra pœnam legibus constitutam interponitur? Postremo non si duplum lex a fure præstari jubet, ideo amplius duplo præstari vetat: quod si non vetat. permittere intelligitur. *L.* 1. §. 1. *supr. de test. L. mutus.* §. *supr. de procu.* si non vetat. pactum ultra interpositum non est contra legem. *L. contra. supr. de legi.* eoque servandum, ac multo magis stipulatio. *L.* 7. §. *prætor ait, supr. de pac.* Quid ergo est. quod hic dicitur contentos nos esse debere pœnis legum? Nempe superioribus admonemus non esse generaliter accipiendum, sed ita, ut ad propositam duntaxat speciem referatur, quasi dictum esset contentos nos esse debere pœnis legum, in hac specie nimirum, de qua agitur. et similibus stipulationibus ad matrimonia adstringenda per-

tinentibus. Itaque erit hic ratio, non qua confirmetur nullam esse stipulationem propositam, quod prius responderat: nam hoc ita esse satis sola interdictione legis confirmabatur. etsi alia pœna lege constituta non esset: sed ratio, qua removeatur id, quod objici poterat, ne inique hoc constitui videretur in summa, non tam confirmatio est directa præcedentis sententiæ, quam occupatio tacitæ objectionis. Diceret enim aliquis iniquum esse, licere utrique ex conjugibus ab altero divertere, cum velit, et sine caussa, idque impune: fatetur Pomponius: sed pœnas hic esse ait adversus injusta divortia constitutas legibus; his vero, inquit, *contenti esse debemus*, idest, hæ ejusmodi sunt, quæ nobis sufficere debeant. Quod si non sufficiant, non ideo majores stipulari possumus: non quia hæ pœnæ constitutæ sint tantum,
5 sed quia alias exigi eædem leges vetent. ☩ Quæret aliquis, cur exigi vetent potius in hac caussa, quam vetent in furto, et similibus caussis, de quibus supra diximus. Non difficile est id intelligi: nam in furto et similibus delictis pœna promittitur delicti cœrcendi caussa, ne fiat: hoc modo honesto permittitur: quia promissor pœna deterretur a delicto. In eo genere autem, de quo agimus, promittitur pœna non delicti, sed contra honestæ rei cœrcendæ gratia: nempe discessionis a matrimonio, quam Romani ut necessariam esse, sic honeste fieri censuerunt. Ita illis turpiter promittebatur, et contra bonos mores. *d. L. Titia, inf. In L. ea quæ, C. de don. int. vir. et uxo.* quam Accursius citat pro contraria, perspicuum est non promitti pœnam ab uxore, quæ sit diverteret, promisit se, quod a marito donatum accepisset, restituturam. Nulla enim pœna est ejus, qui de suo nihil amittit. Nullum autem damnum rei suæ patitur uxor, quæ donatum a marito ei restituit: cum id mariti sit, non uxoris, jure donationem inter virum et uxorem infirmante.

Ad L. *Hujusmodi.* 20.

Ulpianus *libro XXXIV. ad Sabinum.*

Hujusmodi stipulationes non sunt inutiles: *Quod tibi Titius debet, cum debitor esse desierit, dare spondes?* nam valet stipulatio, quasi sub quavis alia conditione concepta.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc: X. quæ tibi Titius debet, cum debitor esse desierit, dare spondes? et similes, an valeant, et quæ dubitandi ratio.*
2. *Falsa demonstratio ut legato non nocet, sic nec obstat stipulationi.*
3. *Si testator mihi legaverit, quæ illi Titius debet, extinguitur legatum, si vivo testatore Titius debere desierit, contra in stipulatione, et quæ diversitatis ratio.*

1 Quæsitum ☩ est, an hæc stipulatio valeat, et similes, decem *quæ tibi Titius debet, cum debitor esse desierit, dare spondes?* Similes sunt, si alia res a Titio tibi debita eadem conditione in stipulatum deducatur. aut si res non tibi debita, sed tua promittatur, cum tua esse desierit, hoc modo: Stichum quem Titius tibi debet, cum debitor esse desierit, dabis? fundum Tusculanum, qui tuus est, cum tuus esse desierit, dare spondes? Quæsitum ergo, an istiusmodi stipulationes valerent. Movet quæstionem, quod stipulari videor id, quod non est, decem debita a Titio, cum ab illo deberi desierint: id est, decem debita, cum amplius non erunt. Quod non est, id inutiliter nos stipulari constat. §. 1. *Inst. de inut. stip.* Nec multum ad rem facit, quod cum decem stipulatus sum, ea Titius debebat. Stipulatus enim sub conditione, cum debitor esse desiisset. Nihil interest, utrum quod non est, aut dari non potest, stipuler; an id quod nunc est, et dari potest, si conferatur stipulatio in id tempus, cum non erit, aut dari non poterit. *L. nemo, 81. infra eodem. L. 4. C. de donat. ant. nup.* Respondet Ulpianus stipulationem propositam valere non aliter, quam si sub alia quavis conditione concepta esset. Significat hoc responso his verbis, *decem quæ Titius tibi debet, cum debitor esse desierit,*

non promitti rem quæ non sit, sed eam quæ sit, nempe decem nunc tibi vere debita: verum promitti sub conditione, si Titius debitor esse desierit, *L. quodcunque*, §. 1. *infra, de verbor. oblig. L. si Titio. supra. quan. di. leg. ce.* Quod sub alia quavis conditione promissum est, si conditio non sit impossibilis, debetur, cum conditio impleta fuerit. *L. a Titio, infra.* ex quo effici vult, ut et debeatur in proposito id, quod sub ista conditione promissum fuerit. Et si de conditione, aut dilatione sola hic quæratur, dubitari non debet, quin ea nihil obstet stipulationi. Sed de re promissa quæstio est, de qua non satis expedit Ulpianus, quod paulo ante dubitari diximus. Quid enim, si res promittatur, quæ non est, aut conferatur in id tempus, cum non erit? sine dubio stipulatio non valebit. Itaque non est dubium, quin inutiliter stipuler Stichum servum tuum, cum mortuus fuerit: sic enim re vera stipulor mortuum. Idque exemplo rei meæ intelligi potest: nam illam quidem stipulationem nemo dubitat valere; rem illam, quæ mea est, cum mea esse desierit, dabis? sic enim stipulor alienam. *L. si rem meam, L. existimo, infr. eod.* At illam omnes consentiunt esse inutilem, si quis rem alienam stipuletur in eum casum, quo sua sit. *d. L. nemo.* 87. *infr. eod.* Atqui his verbis, *decem quæ tibi Titius debet, cum debitor esse desierit,* videtur, ut dixi, promitti id, quod futurum non est, cum conditio exstiterit. Sed hoc non ita est. Siquidem hic decem debita promitterentur, tanquam a Titio debita, idest, hac conditione, si a Titio debita essent, desineret res promissa exstare, si a Titio deberi desiissent: omninoque ex hac stipulatione non deberentur. *L. demonstratio*, §. *quod autem, supra, de cond. et dem.* Nunc autem non esse hunc sensum contrahentium, ut ita debeantur hæc decem, si sint perpetuo a Titio debita, evidenter conditio subjecta declarat: promittuntur enim nominatim hac conditione, *si Titius debitor esse desierit*, sive *cum debitor esse desierit*. Igitur hæc adjectio, *quæ Titius debet*, demonstratio est: quæ si vera est tunc, cum stipulor, bene est: † sin 2 falsa, tamen ut legato falsa demonstratio non nocet, dicta. *L. demonstratio;* sic nec obstat stipulationi, non magis quam falsa caussa, de qua in *L. si divortio, seq.* Hic autem intelligitur satis, quid stipuler: ea sunt decem, quæ ut certa sunt, ita sunt in rerum natura, sive Titius ea adhuc debeat, sive debere desierit: ut appareat neque hic in re promissa, neque in ejus rei demonstratione, neque in conditione stipulationis quidquam esse, quod stipulationem faciat inutilem. Obstat tamen huic sententiæ exemplum legati omni ex parte similis, de quo scriptum est in *L. si sic legatum*, 75. §. 1. *supra, de leg.* 1. † Proponitur testator mihi legavisse, 3
quod illi Titius debet; et placet exstingui legatum, si Titius vivo testatore debitor esse desierit: quod contra fieri dicimus in stipulatione eodem plane modo concepta. Et cognito eo, quod ex suprascriptis verbis continеatur cum in stipulatione, tum in legato, non difficile erit statuere sic in utroque genere diversum responderi, ut tamen recte respondeatur utrumque propriis rationibus. In stipulatione namque qui promittit decem, quæ sibi Titius debet, non promittit actionem ad illa decem petenda, sed ipsa decem, quæ Titius debet, ut verba stipulationis satis ostendunt: hæc autem decem esse non desinunt, ut dixi, etsi Titius debere desierit. Nec ad rem pertinet, quod Titio liberato promissor jam adversus Titium nullam actionem habet, quam stipulatori cedat. Jam enim dixi illum decem promisisse, non actionem. At in legato qui legat decem, quæ sibi Titius debet, non decem, sed actionem ad ea decem petenda legare intelligitur; neque quidquam amplius ex eo legato heres, quam actionem præstare cogitur, ut in dicta *L. si sic legatum*, §. 1, *in fin. de legat.* 1. scriptum est. Porro exstinguitur hæc actio et quidem sine vitio heredis, si vivo testatore Titius debere desinat. Ita necesse est etiam hoc modo legatum exstingui.

Ad L. *Si divortio.* 21.

Pomponius *libro XV. ad Sabinum.*

Si divortio facto ea quæ nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur; vel quæ centum dumtaxat habeat, ducenta dotis nomine dari stipuletur: Proculus ait: si ducenta stipuletur quæ centum habeat, sine dubio centum quidem in obligationem venire: alia autem centum actione de dote deberi. Dicendum itaque est, etiam si nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulatione: sicuti cum filiæ vel matri vel sorori vel alii cuilibet dotis nomine legaretur, utile legatum esset.

SUMMARIA.

1. *Falsa caussa præterito nec legato, nec stipulationi nec ulli obligationi obstat.*
2. *His verbis,* dotis nomine, *caussam non demonstrationem contineri.*
3. *Species* L. Si sic legatum. §. Si mihi. de leg. 1. et L. ult. C. de fal. cau. ad.
4. *Falsa demonstratio non nocet stipulationi, uti nec legato.*
5. *Cur potius de falsa caussa, quam demonstratione hoc responsum accipiendum sit.*
6. *In re ob caussam futuram promissa quid juris.*
7. *Aliud est in caussa præterita falsa, aliud in falsa conditione in præteritum concepta.*
8. *An, qui ob caussam falsam præteritam stipulatus est, sine caussa, stipulatus videatur.*
9. *De promissore in caussa errante.*
10. *Constante matrimonio cur stipulatio dotis nomine sub falsa caussa facta non valeat.*
11. *Cur, C. quæ in dotem maritus accepit, et quæ soluto matrimonio promittit, non potius Condictione certi ex stipulatu, quam de dote actione petantur.*

Quod in testamentis juris esse constabat de falsa caussa, hanc legato aut institutioni adjectam neque legato neque institutioni nocere, nisi conditionaliter expressa sit, *L. demonstratio, § quod autem. L. cum tale. §. falsum, supra, de cond. et dem.* transfertur hoc loco ad stipulationes, eoque et ad contractus omnes, ut si quid ob caussam præteritam promissum sit, debeatur, etsi caussa
1 adjecta falsa sit: † atque ita in universum falsa caussa nec legato obstet, nec stipulationi, aliive obligationi. Divortio facto maritus uxori centum promisit dotis, quam acceperat, nomine. Etsi nihil in dote fuisset: tamen centum in stipulationem venire, idest,
2 utiliter venire, et deberi placuit. † His verbis, *dotis nomine,* caussam exprimi evidentius esse arbitror, quam ut probatione magnopere indigeat. In id quidem omnes fere omnium ætatum interpretes video consentire: ac miror etiam esse posse, qui id negent. Sunt tamen, qui id faciant, et reprehensis quibusdam, quasi hæc sententia paucorum esset, non omnium, contendant hic esse demonstrationem. Quos notari velint, aut quamobrem, nihil ad rem facit. Quod ad eam attinet, hoc mihi liquet nihil dici posse verius aut certius, quam illis verbis caussam, non demonstrationem contineri. Quid est enim maritum promisisse dotis nomine, nisi promisisse ob caussam dotis, quam prius acceperat, sive ideo promisisse, ut esse dotis loco, vel ut esset uxori satisfactum nomine dotis, quam ab illa accepisset? Quid est veteribus, fundum aut pecuniam sponso dare dotis nomine in *L. qui se debere. et L. quod Servius, supra, de cond. caus. dat?* an non dare ob dotem, sive ea gratia, ut sit dotis loco, sive ut in dotem convertatur? et ideo iisdem in locis quod ita datum est, nuptiis non secutis repeti posse dicitur tanquam ob caussam datum, caussa non secuta. Tantum inter eam pecuniam, quæ marito futuro datur dotis nomine, et eam,

quam maritus ipse promittit, et dare vult uxori dotis nomine. hoc interest, quod illa datur nomine dotis futuræ; hæc promittitur nomine dotis præteritæ, et jam acceptæ: cæterum in utraque nomine dotis declarat caussam, ob quam dos data promissave est. Postremo quid est notius, quam his verbis, *eo nomine*, Latine scientibus significare ea gratia, ob eam caussam, et similia? Placet ergo quod illi dicunt caussam esse rationem promittendi; sic enim appellatur a Papiniano in dicta *L. cum tale*, §. *falsam, de con. et dem.* Sed vel una hac ratione maxime efficitur, quod nolunt, hic caussam esse promittendi, non demonstrationem. Maritus enim centum promittendo, hac adjectione, *dotis nomine*, rationem reddit, cur promittat, quæ sit hujusmodi: quia centum in dotem a te accepi, ideo hujus dotis nomine centum ea tibi recte daturum me spondeo. Itaque quod ita sumunt; qui promittit dotis nomine, quid promittat, non cur promittat, ostendit; utrumque ejusmodi est, ut ab illis invertendum fuerit, ut ita dicerent; qui promittit dotis nomine, cur promittat, non quid promittat, ostendit: unde ita colligendum; caussam igitur, non demonstrationem. Et sane qui promittit centum, in eo quid promittat, perspicue ostendit: est enim hic summa centum, quæ promittitur: quod autem addit, dotis nomine, palam est in eo non ostendi, quid promittat, cum in eo nihil novi promittatur: sed caussam reddi, cur illa centum, quæ dixi, promittat. Nam quod movet eos, quod dicitur in *L. si sic legatum*, §. *si mihi*, *supra. de leg.* 1. *et L. ult. C. de fal. cau. ad.* falsam demonstrationem non perimere legatum dotis, quid ad rem pertineat, non intelligo. Non enim si proponitur falsa demonstratio legati dotis in suprascriptis locis ideo hoc loco de falsa caussa promissæ
3 dotis non agitur. † Falsa demonstratio est dotis, cum quantitas dotis legatæ designatur aut ex eo, quod Titius debet, qui nihil debebat, aut ex eo, quod Titio debeo, qui nihil debebam; quæ species est dictæ *L. si sic legatum*. §. *si mihi*, aut ex instrumento, quo scriptum erat falso eam quantitatem numeratam esse; quæ species est dictæ *L. ult. C. de fal. caus ad.* In quibus nihil simile ei, qui quod promittit, non designat aliter, quam ipsius quantitatis appellatione, tantum: quamobrem, et quo nomine promissum velit, exprimit. Est igitur hoc loco id, quod dixi, et in quo consentiunt omnes: falsa caussa nimirum promissæ dotis, non falsa demonstratio. Si falsa demonstratio esset, multo minus eam stipulationi nocere diceremus; quid enim ad rem pertinet error nominis, si alioqui res promissa intelligatur? de quo bene scriptum est apud Justinianum in §. *si quis in nomine, Instit. de leg.* omnis autem demonstratio vice nominis fungitur. *L. certum. supra si cer. pet.* Sed non eo minus laborandum nobis est, ut falsa caussa hoc loco retineatur, non solum ut constet responso sua sententia, sed etiam ut utilis sententia ex hoc loco statuatur: † ea est non 4
solum falsam demonstrationem stipulationi non nocere, uti nec legato: sed nec nocere falsam caussam præteritam: de qua si aliis locis quidquam aperte scriptum esset, poterat hic locus a me prætermitti. † Nunc autem 5
hic unus locus occurrit, in quo diserte traditum sit de falsa caussa stipulationi adjecta: proinde hunc nobis in hac sententia eripi pati non debemus. Non enim si in legato certi juris est, falsam caussam legato non nocere, continuo efficitur idem recipiendum esse in stipulatione. Dici enim potuit hanc ideo non obstare legato, quia in testamentis plenius interpretemur testantium voluntates, ut exitum habeant. *L. in testamentis, infra, de regulis jur.* unde videmus impossibilem conditionem in legatis rejici, ut legatum quasi conditione non adscripta valeat: quæ in stipulationibus retinetur, eoque obstat stipulationi, ut diximus ad *L. impossibilis supr.* Scriptum est, et quidem diserte in *L. summa*, §. *il quoque. supra. de condictione indebiti*, quod ob caussam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, cui dedi, licet non sit factum, repeti non posse. Sed ne hoc quidem satis, ut sine hæsitatione colligatur idem probandum esse, si quid ob falsam caussam promissum sit. Dici enim et hic potuit, quod est in *L.* 1. *in princ. supra de pig.* facilius rei ob falsam caussam datæ retentionem possidenti dari, quam rei ob eandem caussam promissæ stipulatori competere actionem. Ita demum res certa efficitur, si alicubi traditum sit falsam caussam, ut legato non officit, sic nec officere stipulationi. Id cum factum sit hoc loco, melius est et tutius hunc retineri, quo omnis vel controversia, vel dubitatio præcidatur. Idque eo etiam diligentius faciendum est, quod ne sic quidem caret ea sententia sua dubitatione; adversus quam etiam nunc nobis confirmanda est. Cur enim hæc verba, *dotis nomine*, non potius sic accipiuntur, ut si dos data fuerit, centum promissa debeantur: si non sit, non debeantur? An caussa et ratio promittendi frustra adjecta est? atqui omnis oratio in re dubia sic accipi jubetur, ut aliquid egisse videatur, nec sit inutilis. *L. si quando, supr.*

de leg. 1. *L. quoties in stipulationibus. infr. eod. L. quoties in supr. de reb. dub.* Nos vero caussam præteritam pro non adiecta esse dicimus, eoque nec nocere. Aliter, fateor, interpretari oporteret adjectionem in re dubia, et voluntate obscura: at in re certa semper id sequendum est, quod actum esse constabit. *L. semper in stipulationibus. infr. de reg. jur. L. quidquid, infr. eod.* Id autem hic sensum esse a promissore, ne falsa caussa præterita noceret, ex eo apparet, quod qui eam caussam adjecit, donare voluit: quæ ratio a Paulo redditur in *L. in summa*, §. *id quoque, supr. de cond. ind.* Sed unde hic animus donandi colligitur? Non tam colligitur aliunde, quam ultro se ostendit. Agimus enim de eo, qui eam caussam adjecerit, propter quam dare non cogeretur; de eo, cui liberum fuerit non dare. Certi autem juris est donari intelligi, quod nullo jure cogente conceditur. *L. donari, supr. de don.* Nec tantum ad eum, qui dat aliquid, sed etiam ad eum, qui promittit, hæc definitio pertinet.
6 *L. Campanus, supr. de op. lib.* † Cur ergo de re ob caussam futurum data aut promissa idem dicere non licet, in qua tamen constat caussam non frustra adjici, sed ai ea secuta non sit, et datum et cautionem condici posse? Quia ob caussam futuram qui dat, eam caussam sequi vult, quia et caussa sequi potest; quod si sequi non posset, ut quia esset impossibilis, cessaret hic quoque condictio. *L. dictam, C. de cond. ob. caus. dat.* Qui autem dat ob caussam præteritam, perspicuum est eum non sic dare, quia caussam sequi velit: cum aut jam sit impleta; aut si non est, non possit amplius in præteritum impleri.
7 † Sed cur debetur potius, quod ob caussam præteritam promittitur, licet caussa falsa sit, quam si quid promittatur sub conditione in præteritum concepta: veluti, si Rex Parthorum vicerit, ubi certum jus est, si conditio falsa sit, jam ab initio nihil deberi? *L. conditio, infr. eod.* §. *conditiones, Inst. eod.* Conditionis adjectæ hæc vis est, et manifesta significatio, ut qui eam adjecit, nihil deberi velit, nisi illa exstiterit. Ideo de caussa falsa etiam in legatis hoc servatur, ut si conditionaliter concepta sit, inutile sit legatum. *L. demonstratio*, §. *quod autem, supr. de con. et demonstr.* §. *longe, Inst. de leg.* quod multo magis in stipulationibus recipiendum est. Non eandem significationem habet ratio legandi, promittendive; idest, caussa: conditio omnis de affirmatione quid detrahit, ac velut excipit. Ratio non minuendæ propositionis, sed confirmandæ caussa adhibetur, ut potius eam ponere, ac quodammodo magis statuere videatur. Sed ut nihil obstent cætera: tamen quæritur, quomodo non videatur pugnare cum hac sententia; quod Ulpianus scribit in *L.* 2. §. *circa, supr. de dol. mal. et met. exc.* semper doli exceptionem nocere ei, qui sine caussa quid sit stipulatus. † Nam 8
hoc fecisse videtur is, qui ob caussam falsam præteritam stipulatus est: quid est enim falsa caussa, nisi ea, quæ non est? Et dicendum est esse quidem hic promissionem sine ea caussa, quæ adjecta fuit: sed non ideo esse sine caussa. Illa enim priore detracta superest donationis caussa, ob quam eum semper promittere diximus, qui ob falsam caussam promittit: hæc abunde justa dandi, promittendive caussa est, quod promissor donare, et liberalitatem exercere voluit: alioqui ex donatione nunquam dominium transferretur: cum nunquam nuda traditio transferat dominium, sed, ita, si caussa aliqua justa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. *L. nunquam, supr. de acq. re. do.* hinc titulus pro donato inter justissimas caussas rerum transferendarum. Tit. *pro donato, D. et C.* Et hæc quidem in promissore, qui scivit caussam, ob quam promittebat, falsam esse, expeditam rationem habent: qualis est maritus, qui proponitur: qui an dotem accepisset, necne, ignorare non potuit.
† At quid, si in ea caussa erravit promissor: 9
putarit forte dotem patri suo datam; putarit negotia sua gesta esse, quæ non erant, et ob eam caussam quid promiserit? Et in specie proposita dotis placuit maritum, si per errorem plus promiserit, quam accepisset, non plus debere, quam quanta dos fuisset. *L. penult.* §. *mulier, supr. solut. mat.* Et recte: non enim donare voluit, qui se dotis nomine teneri putabat, quique teneretur re vera de eadem reddenda, si illa numerata esset. Aliud probat Paulus in *d. L. in summa*, §. *id quoque, de cond. ind.* si quis dederit ob caussam, quia negotia ejus gesta sint ab eo, cui dedit. Vult enim eum donasse videri, eoque et datum repetere non posse, etsi falso ita factum esse sibi persuaserit. Recte hoc quoque, nec est superiori contrarium. Etsi enim dantis negotia gesta sint; non tamen ideo is gerenti propter operam administrationis obligatur. Quare licet gesta putet, quæ gesta non sunt: quia tamen scit, etsi id factum esset, se dare non cogi, ideo si det, donare intelligitur. Refert igitur, qualis sit caussa falsa, propter quam quis promiserit, utrum ea, ex qua si vera esset, cogeretur dare, an vero ea, ex qua non cogeretur: ut si quidem ob illam ab errante promissum sit, exceptione tutus promissor actionem non metuat: sin ob hanc

promissum fuerit, pariter et a sciente et ab errante promissum debeatur. Quod tamen ad centum dotis nomine promissa attinet, de quibus hic agitur, semper meminisse oportebit illa deberi hac conditione, quæ hic
10 adjicitur, *si divortio facto promissa sint.* † Nam constante matrimonio, si promittantur, ideo stipulatio non valet, quia donationis caussa fit, ubi promissor, quod non accepit, eoque non debet, sciens promittit, *L. Companus. sup. de op. lib.* quemadmodum et is intelligitur donare, qui sciens indebitum solvit. Donatio autem inter virum et uxorem jure prohibetur. *L. 1. 2. et 3. sup. de dona. int. vir. et uxo.* Ac vir et uxor constante matrimonio esse intelliguntur: soluto esse desinunt. Hæc de ea summa dicta sunt, quæ dotis nomine a viro promissa est, cum maritus prius eatenus nihil dotis nomine acce-
11 pisset. † De ea quam accepit, et quam soluto matrimonio promittit, quoniam satis constat illam deberi, solum id hoc loco observandum est, quod dicitur eam actione de dote deberi, id est, ita deberi, ut ea actione exigi possit. Cur non potius dixit, condictione certi ex stipulatione? An quod hic stipulatio fuit inutilis? Sed nihil proponitur, cur non sit utilis: non enim hic bis dos promittitur, ut quis dicat posteriore stipulatione nihil agi ex *L. qui bis, supr. eod.* sed semel tantum: cum prius non fuerit stipulanti promissa, sed numerata dumtaxat, ac proinde actione de dote debita. Sed etsi prius stipulanti promissa esset, non eo minus valeret stipulatio posterior: non enim posteriore idem promittitur, sed amplius: quoniam priore actione dos exigi solum potest post annum, interusurio medii temporis promissori constituto. *L. unica, §. exactio, C. de rei uxo. ac.* Ex posteriore autem stipulatione debetur statim detracto interusurio temporis. Interim hic placet agi posse et pristina actione, si uxor velit. Unde intelligitur priorem obligationem posteriore stipulatione quamvis pleniore novatam non esse. Quod si post constitutionem Justiniani, quæ est de novationibus, scriptum esset, res non haberet dubitationem: cum ita constitutum ab illo sit, in universum non fieri novationem, nisi nominatim dictum sit, ut fieret. *L. ult. C. de nov.* Nunc autem a veteribus hoc scriptum est, apud quos in specie hujus loci, et similibus novationem sine alia aperta conventione admissam fuisse ex eadem illa constitutione Justiniani constat. Sed, quod eadem constitutio declarat, quemadmodum maxima pars ex adjectione novæ personæ, aut rei novationem colligebat, ita erant ex veteribus, qui eam non admitterent, nisi ubi de ea constaret: fuerunt enim discrepantes de hac re veterum sententiæ. In his posterioribus fuisse Proculum et Pomponium ex hoc loco conjecturam facere possumus.

Ad L. *Si id quod aurum.* 22.

Paulus *Libro IX. ad Sabinum.*

Si id quod aurum putabam, cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine: quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.

SUMMARIA.

1. *Nihil agitur inter eos, qui in corpore dissentiunt.*
2. *Error nominis, si de corpore contrahente consentiant, obligationem non impedit.*
3. *Si in corpore consensum est, licet in materia erratum sit, contrahitur stipulatio.*
4. *Error in materia vitiat venditionem, et cur diversum in stipulatione.*
5. *Ære pro auro vendito, si auri quid admixtum massa habeat, valet venditio.*
6. *Ad quid teneatur promissor, si in materia erratum sit.*
7. *Quomodo accipiendum, quod de doli clausula in h. L. dicitur, et quid doli clausula contineatur.*
8. *Quando de dolo actio in proposita stipulatione locum habeat.*

Postquam ut posuimus initio, et ad *L.* 5.
§. *stipulatio, supr.* stipulatio contractus est,
eoque nisi ex utriusque consensu non valet;
consequens est inter eos, qui in re, de qua
stipulatio fit, dissentiunt, nullam contrahi
obligationem. Inde quæsitum, qui videantur
consentire de re, qui dissentire. Et de duobus
inter omnes convenit: primum non con-
1 sentire eos, proinde † et inter eos nihil agi,
qui in corpore rei dissentiant, ut, si unus
stipuletur Stichum, alter se de Pamphilo interrogari
existimans, quem Stichum vocari
putet, spondeat. *L. inter.* §. 1. *L. continuus,*
§. 1. *infr. eod. L. in venditionibus, supr. de*
2 *cont. empt.* † E diverso consentire omnes,
quod satis sit ad obligationem de re contrahendam,
qui de corpore et materia seu substantia
rei consentientes errant tantum in
rei nomine: quia nihil nomen de re mutet,
imo nec quidquam ad rem pertineat, si alio
modo de re constet. *L. si in nomine,* dicta *L.
in venditionibus, de cont. em.* §. *si quis in
nomine, Inst. de leg.* Tertium olim habuit,
et habere etiamnum dubitationem potest, de
3 quo hic agitur, † si forte de corpore rei inter
se contrahentes consentiant, sed dissentiant
in materia, ut si quis massam re vera æream
stipuletur, quam auream putet, an de eo corpore
saltem contrahatur obligatio, quia in
eo consensum est; an vero quia erratum
est in materia, idest, in materia dissensum,
nihil agatur: constat enim non consentire
eos, qui errant. *L.* 2. *supr. de jud.* Et placuit
ipsum corpus, in quo consensum est,
deberi. Recte: nihil enim hic amplius exigebat
stipulatio, quam consensum, quem hactenus
intervenisse apparet. At enim non
consentiunt, qui errant: fateor, in eo in quo
errant, ac ne in eo quidem obligationem
contrahi vere dicitur. Sed in quo non errant,
in eo ab his consensum esse negari non potest.
Erratum est in materia: ne aurea quidem
materia debebitur ex stipulatione: alioqui
deberetur res alia, quam quæ in stipulatum
deducta est. Sed consensum est in
corpore: vel ipsa ratio superior hoc efficit,
ut ea commutata jam de corpore obligatio
contrahatur propter consensum Qui ratione
idem et in omni alio contractu probandum
est, si modo ejusmodi sit, ut quemadmodum
in stipulatione, sic in eo is qui rem accipit,
non ita obligetur, ut pro ea re aliquid vicissim
ei, unde accipit, præstare debeat. Et
ideo in pignore, si debitor cum æs pignori
daret, affirmarit hoc aurum esse, atque ita
pignori dederit, placet æs pignori obligari,
quia in corpus consensum sit. *L.* 1. *in fin.
supr. de pig. ac.* † Alia caussa visa est 4
emptionis et venditionis, in qua si in corpore
non erretur, sed error sit in substantia.

seu in materia (nam hæc pro eodem ab Ulpiano usurpari in *L. in venditionibus*, §. *ult.* et *L. quid tamen. supr. de con. empt.* exempla, quibus ille hanc quæstionem explicat, et quibus promiscue hæc verba attribuit, satis indicant) si, inquam, erretur solum in materia, veluti si quis ignorans æs pro auro ignoranti vendat, scribit ille supra scriptis in locis nullam esse venditionem. An quod emptio bonæ fidei contractus est, stipulatio stricti juris? Ne id dixerimus: nam primum refellitur hæc ratio exemplo pignoris, in quo dando eum contractus agatur, quem bonæ fidei esse constet: §. *actionum. autem. Inst. de act.* tamen etsi in materia ejus erratum sit, nihilominus pignus contrahi receptum est, ut supra diximus. Deinde enim in emptione in materia tantum erratum est, aut dicemus in corpore consensum esse, aut non esse. Si consensum est, tantum abest, ut propterea negare debeamus in eo emptionem contrahi, quia emptio bonæ fidei sit, ut hac ratione efficiatur potius, tanto magis emptionem in corpore valere debere. Nusquam enim magis convenit ea servari, de quibus conventum est, quam in judicio bonæ fidei; cum nihil magis bonæ fidei congruat, ut est in *L. ex empto, in prin. sup. de cont. empt.* Sin fatemur in corpore consensum non esse, cum error est in materia: recte quidem dicitur in eo emptionem non contrahi, sed caussa in eo erit, non quia emptio sit bonæ fidei, sed quia sit contractus, qui ob eam caussam consensum desiderat, ac sine consensu nullus est. Atqui stipulatio non minus contractus est, nec magis sine contrahentium consensu, quam emptio, aut ulli alii contractus, perficitur: ut si in stipulatione proponantur contrahentes in corpore rei alicujus non consensisse, nihilo magis obligatio contrahatur, quam in emptione *d. L. inter*, §. 1. *infr.* Ex quibus apparet, cum quæritur et in emptione, et in stipulatione, cum in corpore non erratur, sed erratur in materia, an obligatio in eo corpore contrahatur, quæstionem non in eo esse, qualis sit contractus, de quo agitur, bonæ fideine, an stricti juris: sed an in corpore ejus rei consensum sit, in cujus materia erratum fuit: ut si consensum est, pariter de eo contrahatur obligatio et in stipulatione et in emptione, atque adeo in emptione multo magis: sin autem consensum non erit, tum pariter ne ex stipulatione quidem quidquam debeatur. Secundum hoc dicemus, quod stipulatio valet, cum in materia erratum est, eo fieri, quia nihilo minus in corpore rei consensum sit: quæ ratio hoc loco redditur: quod autem in eodem errore emptio non valet, contraria de caussa evenire, quia scilicet in eo genere contractus propter errorem in materia fiat, ut emptor ne in corpore quidem ipso rei venditæ consensisse intelligatur. Unde in *d. L. in venditionibus*, et *L. quid tamen, de contr. em.* observabimus nusquam ab Ulpiano quæstionem ita proponi, ut dicat consensum esse in corpore, erratum in materia: sed semper ita, ut dicat erratum in materia, non erratum in corpore. Sed unde in eodem errore sensus contrahentium dissimilis? Mutata ratio utilitatis creditoris in utroque genere hanc voluntatis dissimilitudinem facit. Nam in stipulatione qui certum corpus stipulatur, pro eo corpore nihil præstat, et dum nihil præstat, interest illius tale corpus habere potius, quam nullum: eo etiam non minus consentire intelligitur, ut id quod sine incommodo potest, habeat. In emptione contra est pretium constitutum, quod pro massa ærea, quam auream putabat, debeat præstare: hac conditione massam habere venditam non modo illi non expedit, sed etiam maxime est damnosum: ob hanc caussam in materia dissentiens, eamque non habens, quam cupiebat, ne in corpus quidem consentire intelligitur, ut id pro pretio constituto habeat. † Quod tamen dicimus in emptione, 5 errorem in materia officere emptioni, si æs pro auro væneat, ita admissum est, si massa nihil inauratum, seu nihil auri admixtum haberet. Quod si haberet, placuit venditionem valere quasi aurea vendita, etsi aurum esset deterius. *L. aliter, et d. L. quod tamen, supr. de cont. em.* Neque offendit hæc sententia, cum in *L. cum ab eo*, §. *ult. supr. de cont. empt.* dicitur nulla esse emptio, si quis mensam argento cooperatam mihi ignoranti pro solida vendiderit imprudens. Non enim ideo mensa argentum admixtum habet, si est argento cooperta. Operimentum mensæ, seu lamina illa, quæ mensam operit, non est ex mensa, sive mensæ pars non est; necesse est enim aliud esse mensam, aliud id quo mensa cooperitur. Quod si etiam operimentum mensæ pars dici posset: tamen perspicuum est non esse partem cum reliqua mensa confusam, ut propterea dici possit mensa pro solido, et in omnibus partibus argentea, quod supra requirebamus. Sed de eo alias opportunius, cum de emptione dicemus. Redeo ad stipulationem, in qua volumus errorem, id est, dissensum in materia nihil obstare stipulationi, si in corpore consensum sit. † Sed 6 quid debebitur ex hac stipulatione; utrum id solum corpus, quod æs fuit, an vero quod

mea interest aureum fuisse, uti putabam? *Teneberis* mihi, inquit Paulus, *hujus æris nomine*. Et hoc quidem conseqnens est, ut hujus saltem nomine mihi tenearis, si in hoc corpus consensum est, et hactenus stipulatio contracta. † Sed quid sibi vult, quod
7 ille subjicit: *Sed ex doli clausula tecum agam, si sciens me fefelleris?* nam his verbis contineri correctionem præcedentium apparet. An igitur hoc sentit te non teneri hujus æris oomine, si sciens me fefelleris, nisi doli clausula adjecta fuerit in stipulatione (de hac clausula dicam paulo post) hac quidem adjecta, tum eo numine ex ea agi posse; non adjecta autem, te nullo modo teneri? Non hoc sic debet accipi: sive anim scivisti æs esse, quod aurum putabam, sive et tu aurum æque putasti, semper id corpus, quod fuit, promisisti, quod ego a te sum stipulatus: atque ita in idem corpus a nobis consensum est: proinde, ut dixi, et de eo stipulatio contracta, ex qua at mihi ex stipulatu eo nomine actio, sive de dolo mihi a te ex doli clausula nominatim caverim, sive non caverim. Et stulte metuemus in proposito, ne dolo tun interveniente doli mali exceptione summoveatur petitio, si de dolo mihi non caveris. Quod enim dicitur in *L. dolo, C. de inutil. stipul.* Dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipolatio sit; per doli mali tamen, vel metus exceptionem summoveri petitio debet: de eo dolo dictum est, quo deceptus a stipulatore promissor stipulanti promisit. Nam cui detur exceptio, nisi promissori, adversus quem ex ea stipulatione agitur? atqui decepto datur doli exceptio adversus decipientem actorem, ne ei dolus suus prosit. *L. 1. supra, de do. ma. exc.* decipienti vero eandem exceptionem dari adversus deceptum actorem plane absurdum est. Quo enim hæc exceptio promissori? nempe ut fateatur se decepisse stipulatorem, et ideo postulet, ne stipulatio valet, aut ne ex ea teneatur, idest, ut dolus suus sibi prosit, aut certe ne noceat: quæ postulatio et defensio ut improba omnibus legibus, omni jure repudiata est. *L. transactione finita, C. de trans.* Et doli actio, et exceptio doli introductæ sunt, ne cuiquam malitia sua lucrosa sit, aut aliis damnosa. *L. 1. supra, de dol. dict. L. 1. supra de dol. ma. exc.* Nos vero hic exceptionem dabimus, qua rei æquitas invertatur, ut dolus suus decipienti prosit, noceat decepto stipulatori? Denique generale illud tenendum est; deceptis, non decipientibus jura opitulantur. *L. 2. §. 1. supra, ad Vell.* Sit igitur hoc ratum, si id quod aurum putabam, cum æs esset, mihi imprudenti promiseris, semper teneri te mihi ejus æris nomine, etsi nulla doli clausula adjecta fuerit, qua mihi de dolo tuo caveres. An ergo Paulus significat potius dolo a te adhibito, et doli clausula adjecta, non teneri te ex reliqua stipulatione, sed ex doli clausula: remoto autem dolo, aut non adjecta doli clausula, ex reliqua stipulatione agi posse? Sed neque hoc verbis convenit, et per se est nugatorium. Nam de actione ex stipulatione, et promissione æris nihil prius dixerat; ut ad eam actionem non possit correctio sequens referri. Tum autem etsi ex doli clausula agitur, tamen agitur ex stipulatione: quia hæc clausula stipulationis pars est. Ergo in eo correctio est, quod dixit Paulus te mihi teneri hujus æris nomine; *hujus æris nomine* dixit, non amplius. Id ita temperat, et interpretatur, ut si quidem me non fefellisti, tenearis mihi hujus tantum æris nomine: sin sciens me fefelleris, ego ex doli clausula tecum agam, idest, in id quod mea interest me abs te non decipi, cujus nomine agitur ex doli clausula, ubi illa interposita est. Quapropter si me non fefellisti, hoc statuendum est, hoc statuendum est, nullo modo me tecum agere posse, nisi ejus corporis nomine, quod in stipulationem deductum est; ut quale est, tale detur. Quod duobus temporibus contingit. Unum est, cum et ipse ignorasti æs esse, quod æs erat, alterum, cum scivisti quidem, sed pariter et ego. Nam si ignoras, dolo cares, eoque non fallis; certe non fallis sciens. Si ambo scivimus æs esse, etsi dolo non vacas, tamen ideo non fallis scientem, quia non fraudantur, qui sciunt, et consentiunt. *L. nemo videtur, infra de regul. jur.* neque vero certiorari debuit, qui non ignoravit. *L. 1. in fin. supra, de act. em.* E converso si sciens fefelleris, quod ita fit, si sciens æs esse tanquam aurum promisisti ignoranti; intelligendum est non jam ejus tantum corporis nomine, quale fuit, te mihi teneri: sed amplius, si doli clausula addita fuit, teneri te ex ea clausula in id quod mea interest aureum fuisse, quod fuit æreum. Id efficit doli clausula, qua Paulus ait me hoc casu tecum acturum. Est enim doli clausula in stipulatione ea pars stipulationis, qua promissor certis rebus in stipulatum deductis, tandem generaliter cavet stipulanti, dolum malum a se abesse, abfuturumque esse. *L. doli.* 119. *L. ex ea parte.* 121. *L. si ita quis,* 135. *§. ult. infra eod.* His verbis cum promittat quis se non facturum, intelligimus, si contra fecerit, stipulationem adversus eum committi in id,

quod stipulatoris interest, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si pœnam, L. quoties quis, infra eod.* Ita in specie proposita in hoc tecum agam, quod mea interest in eo corpore, quod promittebatur, abs te non decipi, seu quod interest aureum fuisse, quale a me putabatur. Eo autem quod mea interest, continetur auri æstimatio, quæ futura esset, si me non fefellisses; et præterea si quod damnum ex eo errore natum sit, quod aurum me abs te accepisse sim arbitratus. In quo haberi debet, si quos sumptus in ea re exornanda fecerim, qui aureo corpori conveniebant, aut si quid eo corpore tanquam aureo vendito ego emptori ex emptione præstare debeam ob id, quod repertum sit non esse aureum: Arg. *L. Aristo, §. ult. supra de don.* Hæc enim sunt, quæ habere potuerim, si aurum fuisset, quod æs fuit. Id autem quod interest est id, quod mihi abest, quodque habere potui. *L. si commissa, infra, rem rat. hab.* Hoc ergo est, cujus nomine agi posse Paulus vult intelligi, cum ait me tecum acturum ex doli clausula. Et quid, si doli clausula prætermissa erit? Significat te mihi amplius, quam æris nomine ex stipulatione non teneri. Sed ex stipulatione, inquam. ┼ Cæterum si corpore abs te accepto, 8
quod aureum putabam, aliquid eorum contigerit, quæ supra dixi, de dolo actio mihi adversus te dabitur, ut ea præstes, quæ si abs te essem admonitus, mihi non abessent. *d. L. Aristot. §. ult. de don.* Nam ut aurei corporis æstimationem præstes, actione de dolo consequi non possum. Actio de dolo de indemnitate est. *L. rei quam, supra, de dol.* sive de eo, quod propter dolum tuum mihi damni accesserit. *L. cum quis persuaserit, eod.* Nunc autem aurei corporis æstimatio non abest mihi, quia me celasti æs esse, quod promittebas: sed quia id corpus re vera æs fuit. Nam etsi me admonuisses, non ideo tamen auri æstimationem essem consecutus. Aut enim idem corpus essem stipulatus; et nihil nisi æs stipulatus essem; aut stipulatus essem corpus aureum in genere; et quis scit, an id promissurus esses, ut quis dicat aureum corpus huic, de quo agitur, simile mihi ex promissione tua accedere potuisse?

Ad L. *Si ex legati caussa.* 23.

Pomponius *lib. IX. ad Sabinum.*

Si ex legati caussa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

SUMMARIA.

1. *Res utiliter promissa si sine culpa debitoris dari posse desinat, perimitur obligatio.*
2. *Generalem esse hujus L. definitionem ad omnem rem quaris ex caussa debitam, mobilem, immobilem, animatam, inanimatam, certam speciem et quantitatem pertinentem.*
3. *In incertis, quia non pereunt, casus non liberat debitorem.*
4. *An corpore debito perempto ad æstimationem saltem teneatur debitor.*
5. *Rebus nostris demortuis etiam quod ex his superest, nostrum est*
6. *Culpa debitoris interveniente perpetuatur obligatio.*
7. *Quando intelligatur per debitorem stare, fieri: seu quando videatur in eo culpa esse, quo minus det.*
8. *Quatenus qui interpellatus non dat, moram facere dicatur.*
9. *Differendi justæ caussæ, quæ a mora debitorem excusant, quatuor.*
10. *Adversus quos, quibus in rebus, et a quibus Creditoribus non exigatur interpellatio.*
11. *Interitu naturali si perierit res, quæ penes Creditorem fortassis erat eodem modo perituro, an nihilominus post moram teneatur debitor ad æstimationem.*
12. L. si plures, §. ult. Depos *interpretatio.*

1 Ut quod natura aut jure dari non potest, frustra promittitur, omninoque in obligationem deduci non potest: *L. si stipulor, infra, eod.* sic quod dari poterat, ab initio utiliter promissum, si postea sine culpa debitoris dari posse desinat, et ipsum ita desinit deberi, ut statim perimatur obligatio, omninoque debitor liberetur. §. 1. *Instit. de inut. stip.* Efficitur utromque ex eo principio, quod de omni obligatione recte constitutum est, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infra, de regu. jur.* Id enim universim definitum de omni obligatione, pariter et ad contrahendas obligationes, et ad contractas pertinet; ut quemadmodum rei impossibilis obligatio contrahi non potest, quia finis obligationis repugnat: sic nec ea quamvis initio recte contracta possit consistere, cum sine culpa debitoris cœpit præstatio esse impossibilis, ob eandem caussam. Inde dictum evanescere obligationem, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. *L. pro parte. supra. de servit.* Ex his principiis hæc nata sunt: primum quod de interitu hic traditur, et *L. Titiæ, §. ult. de leg.* 1. debitorem si per eum non steterit, quominus daret, interitu rei debitæ liberari: deinde et illud, quod ejusdem rationis est, et ad interitum quendam civilem pertinet, eodem modo liberari debitorem, si cum per eum non stetisset, quominus daret, res exempta sit hominum commerciis: veluti si res profana, sacra: Stichus, liber factus sit: de qua specie in *L. inter, §. sacram. infr, eod.* ÷ Et quanquam de homine certo debito hic concepta est definitio, et eo, qui ex legati caussa, aut ex stipulatu debeatur: 2
tamen universi generis hæc definitio est ad omnem rem pertinens, quæ debeatur: sive ea mobilis sit, sive immobilis; sive animata, sive inanimata; et sive certa species sit, sive quantitas certa, puta quæ in arca est: nec quidquam refert, qua ex caussa debeatur. *L. si certos. 37. infr. L. cum res, §. ult. supr. de leg. 1. L. in rationis, §. verum, supr. ad leg. fal.* scilicet in omnibus eadem juris ratio est: ut perspicuum sit, quæ de certo homine, aut caussis addita sunt, exempli caussa addita esse, ut res esset

plinior. Et ideo regula generaliter concepta est in *L. quod te, supr. si cert. pet.* de eo nimirum, quod te mihi dare facere oportet.
3 † Non est additum, *quod certum.* In enim ex attributo satis intelligitur; quandoquidem definitio est de iis rebus, quæ pereunt, quod in res certas solum cadit. Incertis rebus promissis, ut cum homo generaliter promissus est, aut cum centum aurei debentur: non possunt eæ quæ promissæ sunt, dici perire: eum in his omnes pariter debeantur, tam quæ exstant, quam quæ postea perierunt. Arg. in *L. Mævius §. duorum, sup. de leg.* 2. Eo fit, ut in his nullus casus rerum liberet debitorem. *L. incendium, C. si cert. pet. d. L. in ratione, §. incertæ, supr. supr. ad leg. fal.* Et ipsum quidem corpus debitum, quod interiit, aut hominum commerciis exemptum est, amplius non deberi
4 quis fateatur; quia nec dari potest. † sed dubitet de æstimatione, num hæc saltem debeatur, quia hæc natura possit præstari. Dicimus hoc loco, et similibus post mortem rei debitæ, debitorem non teneri: ut sit sententia sic rei debitæ nomine eum liberari, ut nec æstimationem debeat: idque ita traditum est in *d. L. in ratione, §. incertæ, ad leg. fal. L. cum res, §. ult. supr. de leg.* 1. Et recte: rem enim ab initio præstare debuit, non æstimationem. Ratio ad simile quiddam efficiendum a Paulo reddita in *L. venditor ex hereditate:* illic, *non enim actiones,* supr. de her. vel act. ven. Adeoque verum est re exstincta nihil hinc deberi, ut placeat mortuo bove legato qui legatarii factus non esset, neque deberi corium, neque carnem. *L. mortuo, supr. de leg.* 2. Finge alienum fuisse legatum. Idemque in bove et quovis alio animali ex alia caussa debito multo magis probandum est, et merito. Sunt enim hæc corporis inanimati, non animali partes: animal enim morte esse desiit, animal au-
5 tem, non cadaver promissum erat. † Alia caussa est rerum nostrarum: quibus demortuis etiam quod ex his superest, nostrum est. *L. solum, § 1. supr. de rei vind.* Itaque in bove surrepto et occiso condictionem esse placuit non tantum bovis, qui propter moram furis etiam nunc exstare intelligitur, sed et corii, et carnis adversus eum, qui ista mortuo bove contrectarit. *L. si servus, §. 1. supr. de cond. fur.* Intelligendum est enim in re furtiva soli domino competere condictionem. *L. 1. supr. de cond. fur.* In rebus promissis, aut ex alia caussa debitis, quid in obligationem deductum sit, non quid ex re promissa debitave supersit, spectamus. Sed in hac liberatione omni, de qua diximus, inest hæc conditio, si per debitorem non steterit, sive si per eum factum non sit,
quominus rem præstaret. † Quod si postea 6
perierit, quam per eum factum erit, quominus daret: commutata ratione placet eum teneri nihilominus, ne culpa ejus adversario noceat: quod hic traditur, et in *d. L. quod te supr. si cer. pet.* Atqui quod periit, non minus hoc casu, quam superiore dari posse desiit. Sed propter ejus culpam perinde accipitur, quasi res adhuc exstaret; eaque ratione fit, ut et teneatur etiam nunc, et quasi re exstante perpetuo teneatur. *L. nemo, §. ult. infr. eod.* Hoc est, quod aliis verbis definiverunt veteres, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. *L. si servum, §. sequitur, infr. eod.* Per debitorem enim stare, aut fieri, quominus det, nihil aliud est, quam culpa ejus fieri, quominus det. *L. is qui, supr. de ob. et ac.* perpetuare autem obligationem significat perpetuam facere. *d. L. si servum, §. nunc videamus, infr.* quod quidem futurum est, si re post culpam debitoris perempta non secus ille jam teneri
incipiat, quam si res extaret. † Quando per 7
debitorem stare fieri intelligatur, seu quando videatur in eo culpa esse, quominus det, videndum est. Id duobus modis contingere tradit hoc loco Pomponius: sed brevius dictum explicationis indiget. Ergo uno modo id accidere ait, si debitor hominem promissum occidit. De occiso exempli caussa dictum est. Nos generaliter definiemus, videri per eum fieri, quominus det, quocunque modo dolo malo culpave ejus factum est, ut res dari posse desineret, sive interierit ipsa, sive desierit esse in hominum commerciis: parumque retulerit in eo, utrum ipse occiderit, exemeritve, an alias ejus opera. In his omnibus pariter culpam suam debitor præstat. *L. si servum, infr. eod. d. L. is qui, supra, prox. tit. L. quid ergo.* 53. *§. si heres, et seqq. supr. de leg.* 1. Dum tamen illud admoneamur, debitorem in re ex stipulatu debita eam culpam non præstare, quæ sit in negligendo; ut si servum debuit et neglexit, ægrotum, eaque negligentia factum est, ut servus moreretur: de quo disserit Paulus in *d. L. si servum, in princ.* Quid, si servum ipse occidit, et quidem suis manibus, veruntamen sine culpa: puta, jure occiderit? non est satis occidisse: nos culpam exigimus, ut per debitorem videatur stetisse, quominus daret; et ideo qui ita occidit, non tenebitur. *d. L. quid ergo, §. si heres.* Altero modo per debitorem fieri Pomponius ait, quominus ille det, eoque et mortuo postea homine promisso eum teneri, si interpellatus non dederit.

Id valet, si in re debita præstanda moram fecerit. Is enim definitur moram facere, qui opportuno loco et tempore interpellatus non solvit. *L. mora. supr. de usur. d. L. nemo. §. ult. infr. eod.* Et præterea constat ex aliis locis, si quis hominem a se promissum non occidat, eum mortuo homine non aliter teneri, quam si in eo præstando moram fecerit. *d. L. si servum. infr.* Interim his verbis, *quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti,* duo complectitur Pomponius. Nam et omnem qui interpellatus non dedit, significat mortuo postea homine teneri, proinde et moram facere, et vice versa eum, qui interpellatus non sit, mortuo postea homine teneri negat: quo et moram eum non facere statuit. Utrumque ut plurimum ita se habet: sed non est perpetuum, ac multis etiam modis, si ad verba expenditur, falsum est: quapropter quatenus verum sit, considerandum

8 est. † Quod ergo dicitur per eum fieri, quominus det, qui interpellatus non dat, id est eum moram facere, ex quo eveniat, ut postea quamvis homine mortuo teneatur, sic interpretandum est: dummodo is, qui interpellatur, nullam habeat justam caussam solutionis differendæ. Nam qui caussam differendi habet, is quamvis maxime, et eum instantia interpellatus, moram non facit nihiloque magis tenetur, quam si interpellatus non esset. *L. sciendum, L. si quis solutioni, supra*

9 *de usur.* † Justæ differendi caussæ summæ sunt quatuor. Prima, si id quod petititur, non debeatur ita, ut possit peti eo modo, quo petitur: veluti, si debeatur in diem, et petatur ante diem: si debeatur certo loco, et alio petatur. *L. mora, supra, de usur. L. cum filiusfamilias. §. ult. infra eod.* Huc pertinet regula juris, nulla mora intelligitur ibi fieri ubi nulla petitio efficax Jure est constituta, sive ubi id quod petitur, jure peti non potest, ut interpretatur Scævola in *L. si pupillus, infr. eod.* Paulus in *L. lecta, vers. dicebam, supra si cer. pet.* Altera caussa est recusandi, si is unde petitur, se debere ignoret, aut ignoret se debere ei, a quo interpellatur, nec ulla justa caussa sit, quamobrem id intelligere debeat. *L. quod te. supra si cer. pet.* Si se debere ignoret, veluti, si sit bonæ fidei possessor, a quo petitur, ut rem, quam possidet, restituat. *L. illud, supra, de pet. her.* aut si sit debitoris heres, qui de debito appellatur. *L. qui in alterius, infra de regu. jur.* Si ignoret se debere ei, a quo interpellatur, veluti, si interpelletur a procuratore creditoris, aut ab herede, quem procuratorem, aut heredem creditoris esse nesciat. *L. si quis inficiatus, supra, depos.* Tertia caussa est, si debitor, qui se debere non ignoravit, rem in potestate non habuit tum, eum interpellabatur, neque dolo fecit, quominus haberet. *d. L. quod te.* Postrema est, si debitor ideo distulit, quia sibi ad securitatem solutionis prospicere voluit; veluti, si voluit adhiberi testes, aut adhiberi fidejussores suos, qui monerentur, ne postea iterum solverent; aut si voluit sibi cautionem suam seu chirographum reddi. *d. L. sciendum. de usur.* Ex contrario quod dicitur eum, qui interpellatus non est, mortuo homine non teneri, quia nec moram fecerit, etsi multis locis ita generaliter traditum est, ut hic *L. mora, supra de usur. et L. Titiæ, §. ult. supra de leg.* 1. tamen ne hoc quidem est perpetuum, multasque id habet cautiones. Multi sunt rei, adversus quos non est necessaria interpellatio, ut qui satis re ipsa interpellentur. Multi quoque creditores, a quibus interpellationem requirere non satis æquum putetur. Multæ etiam res in eadem caussa. † Primum ma- 10
læ fidei possessores, omnesque omnino, qui rem alienam maleficio occupatam tenent, ex ipso tempore delicti perpetuo moram facere intelliguntur citra interpellationem ullam, eoque et re quovis casu amissa semper tenentur. Quorsum enim interpellatio, ut de voluntate domini admoneantur in ea re, quam sciunt se illo invito contrectare, quam eandem nec attingere debuerunt? indigni etiam suo maleficio, quibus ulla dilatio ad restituendum tribuatur. Hæc in *L. illud, supr. de pet. her. L. 1. §. rectissime, L. pen. supr. unde vi. L. in re furtiva, §. 1. L. ult. supr. de cond. fur.* Et in his quidem notandum, interdum diei moram in rem fieri, ut *L. ult. C. de cond. ob tur. caus.* quia fit sine interpellatione ex ipso tempore tardæ solutionis, ut hoc verbi exponitur in *L. in minorum. C. in quib. caus. in int. rest. non est. nec.* Sed non eo minus recte dicetur, et in his moram fieri ex persona, ut sit, ex culpa et vitio personæ non solventis, ac non ex dilatione tantum. Ergo ex re quidem et dilatione ipsa: sed nihilominus et ex persona. Quod ideo moneo, ut in omnibus, in quibus mora fit jure communi, non singulari, intelligamus recte dictum esse in *L. mora, supr. de usur.* moram non ex re fieri, sed ex persona, idest non ex rei dilatione sola sine vitio personæ. Sed etsi res ex contractu debeatur, non est alia interpellatio necessaria, si obligatio in diem contracta est. Satis enim creditor denunciavit debitori ab initio, quo die sibi solvi vellet, cum eum diem nominatim obligationi adjecit, quo pecunia non deberetur, sed solveretur. Itaque eum, qui sua die non

solveret, sine alia interpellatione moram facere, et deinceps perpetuo teneri recte placuit. *L. magnam. C. de con. stip.* non quod non interpellari debitorem hunc non oporteat, ut et cæteros: sed quia adiectio diei certa sit denunciatio creditoris declarantis, quo die sibi velit solvi: hæc autem denunciatio interpellatio est: unde bene vulgo dictum est, diem ipsum satis interpellare. Hoc jus an pertineat ad eas obligationes quæ diem tacitum habent, itemque ad conditionales, dicemus ad *L. interdum, infr. eod.* Postremo etiam tunc, cum obligatio ex contractu est, et pura, tamen interdum singulari ejus mora fit citra interpellationem ullam atque adeo citra ullam culpam et vitium personæ debitoris: alias favore creditoris, ut in persona minorum: *d. L. in minorum, C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* alias favore rei debitæ, ut in fideicommissariis libertatibus: *L. cum vero, §. apparet. sup. de fidei lib* alias necessitate rei ita cogente: quod fit, cum non exstat, qui conveniatur *L. sed etsi, §. ult supra, de usur.* In his quidem caussis tribus posterioribus moram constat fieri, sed non ex persona, idest, ut interpretamur, vitio et culpa debitoris; verum hoc ipso, quod res non solvitur, etiam si nulla culpa sit in debitore: unde supra scriptis in locis legimus in his omnibus moram ex re fieri, vel, quod idem est, in rem, seu in re. Cujus verbi, ut dixi, hæc vis est ut fieri intelligatur mora ex ipso tempore tardæ solutionis, ut est in *d. L. in minorum.* Sed non eo minus vere definitur in dicta *L. mora, de usur.* moram non ex re fieri, sed ex persona: propterea quod ex jure communi definitum id est, nec vero eo jure id aliter se habet. In his tribus caussis quas diximus singulare jus esse apparet. Quæ omnia quoniam diligentius sum executus in *Commentario de mora*, ideo fui hoc loco brevior, contentus summam rerum velut digito indicare, quarum explicatio fusior, prout cuique commodum videbitur, illinc sumi potest. Hæc de interpellatione et mora huc spectant, ut intelligamus, sive recte interpellatus debitor, sive non interpellatus aliquo modo moram faciat, ut, quod quærimus per eum stetisse, seu factum esse existimetur, deinceps re post moram perempta sic eum te-
11 neri, ut si re exstaret, † Hoc loco de naturali interitu quæsitum est, etiamne hunc præstet debitor post moram. Quid enim, si res ita periit natura sua, ut periisset si esset apud creditorem? puta, fundus promissus aut legatus chasmate perierit; incendium contigerit in ædibus creditoris, in quibus res debitæ tum forte erant; Stichus promissus vel senio, vel aliter ex morbo decesserit. Quæstio nascitur ex locis in speciem repugnantibus. Nam in *L. cum res. §. ult. supra, de leg.* 1. scriptum est, etsi fundus chasmate perierit, si tamen post moram factam id evenerit, nihilominus æstimationem deberi. Idemque responsum est de homine, aut alio quovis animali demortuo in *L. item si verberatum, §. ult. supra, de rei vind.* Contra in *L. si plures. §. ult. supra, depo.* diserte traditur æquum esse naturalem interitum ad actorem pertinere, quamvis post moram et quidem post litis contestationem. † Et ne quis 12
verbo naturalis interitus alium interitum nescio quem comminiscatur, quam mortis, aperte eo loco comprehensum est, quem hunc interitum Cajus intelligat. His enim verbis ante definita res erat, absolvi debita eum, quo depositi actum est, si sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit. Confirmantur idem in *L. item si cum, §. pro eo autem, in extremo, supra. quod met. cau.* ubi scriptum est, non culpa ejus, cum quo agitur, res obierit, teneri reum, sed hac conditione, si peritura res non fuit, si metum ille non adhibuisset: ut intelligere liceat, si æquo peritura res fuerit apud actorem, reum non teneri. Ego quod de hac re jam olim scripsi in *Commentario de mora*, hic quoque breviter repetam: mihi enim verissimum videtur; etsi natura sua res pereat, veluti si homo naturali morbo moriatur, aut fundus chasmate intercidat, nihilominus reum semper teneri post moram ut pretium præstet, si actor rem receptam distrahere potuit. Non dico, si constet eum distrahere potuisse, et simul fuisse distracturum; sed solum si distrahere potuit, ut hac sola de caussa, quod potuit, etiam distracturus fuisse existimetur. Declaratur hoc in dict. *L. cum res, §. ult. de leg.* 1. *et L. item si verberatum, §. ult. de rei vind.* quo nihil æquius et vero ita judicari oportuit, si verum est, quod regula juris traditur, unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione, §. unicuique, infra. de reg. jur.* Non mutat hanc sententiam, quod dicitur in *L. item si cum, §. pro ea autem. quod met. caus.* si re æque peritura fuerit apud actorem, reum non teneri. Rem enim apud actorem eodem modo perituram fuisse tum intelligere debemus, cum et corpore peritura fuit apud eum et ita peritura, ut nec receptam distrahere potuerit, et pretium lucrari. Quod si potuit, ideo res ei petitura fuisse non videtur, quia is intelligitur rem habere, qui pretio fruitur. *L. quia qui, supra, de usufr. et quem quis*

ut; et contra ei rem abesse dicimus, cui pretium abest. *L. Labeo, et Sabinus, inf. de ver. sig.* Ne illud quidem adversatur, quod usque adeo contrarium esse plerique existimant, quod est in *d. l. si plures*, §. *ult. depo.* Si homo mortuus sit natura sua, quamvis post moram debitoris, tamen naturalem interitum ad actorem, non ad reum pertinere. Hoc enim non absolute illic dictum est, sed additum est temperamentum, quod priorem sententiam minuit, et temperat conditione his verbis: *utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori*, vel ut in Pandectis Florentinis legitur, *utique cum interitura sit ea res.* Vulgo pro ratione hoc dictum accipiunt, quasi Cajus de sententià Sabini et Cassii confirmaret simpliciter naturalem interitum hominis demortui, qui quidem sine culpa rei contigisset, ad actorem pertinere; et ejus sententiæ redderet hanc rationem, sive suam sive Sabini, quia naturali interitu fieret, ut et eodem modo interitura res esset, etsi restituta esset actori. Non recte hoc ita accipitur, mea sententia, ac nec potest; alioqui incurret hæc ratio in duas manifestas reprehensiones, ut dicatur et falsa esse, et si vera esset, tamen esse inepta, minimeque consequens. Si hæc eo loco veterum ratio est, primum falsum sumunt, et id quod nemo illis concederet, si res natura sua interierit, interituram etiam fuisse, etsi restituta esset actori. Quid enim, si creditor receptam rem potuit distrahere? Non fuit illi interitura, ut jam dixi, si ejus pretium consequi potuit. Demus tamen atsi pretium habere potuerit, æque recte dici interituram rem creditori fuisse; non tamen ex eo efficitur, quod volunt, ideo debitorem interitum naturalem præstare non debere. Sic enim illis responderemus: res quidem ipsa, quæ debebatur, corpore suo interitura erat, etsi restituta esset actori; quam ob caussam neo reus ipsum corpus amplius debebit. At pretium rei non item fuit interiturum; quare vel istorum ratione erit etiam creditori præstandum. Si quis dicet rem ante debitam fuisse, non pretium, eoque non esse mirum, si nunc pretium non debeatur, quod ab initio non debebatur; referemus ex adverso ante moram debitoris hoc ita dici posse: mora autem interveniente, hanc efficere, ut et pretium rei debeatur, si id creditor re accepta potuit consequi. Quod non solum traditum est in *d. L. item si verberatum*, §. *ult. supr. de rei vind.* sed etiam certa ratione juris et æquitatis nititur. Semper enim tenebimus esse æquissimum, moram suam unicuique nocere: longe iniquissimum nocere adversario; quod et regula juris est comprehensum. *d. L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. jur.* Ergo his verbis, *utique cum interitura sit ea res, etsi restituta esset actori*, non confirmatio præcedentis sententiæ, sed correctio potius, ut dixi, aut verius conditio et temperamentum continetur, particula, *cum*, posita, non ut sit caussalis, sed temporis, pro quando: ut sit sensus, Sabinum et Cassium dixisse æquissimum esse naturalem interitum ad actorem pertinere; *utique*, idest, sed hoc ita, aut verum hac conditione, seu sed tunc demum, cum interitura esset, aut cum interitura est res, etsi restituta esset actori. Id autem tunc solum accidit, cum et receptam rem actor distrahere non potuit, ut nec corpus ipsum rei potuerit habere, nec pretium. Proinde si ille potuit distrahere, et pretium lucrari, superiorem sententia est etiam post naturalem interitum, id illi a debitore post ejus moram esse præstandum, quod cum his, quæ ex aliorum locorum sententia diximus, plane convenit. Nec nobis officere debet in hac interpretatione structura orationis, quod particula, *cum*, in superioribus verbis juncta est subjunctivo, *sit*, cui modo jungi solet, cum significat caussam; aliter cum significat tempus, qua in significatione jungi solet indicativo. Observabimus enim id non esse perpetuum, et nonnunquam veteres cum pro quando conjungere eum subjunctivo, ut dicant cum sit, pro cum est, vel erit. In *L. proinde, in fin. supr. si cer. pet.* ita scriptum est. *Nam Julianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum, vel adpositum*, cum repudiatum sit legatum, idest, cum repudiatum est, aut cum repudiatum erit legatum, eadem forma, qua hic dictum est, *cum interitura sit*, pro cum interitura est, vel erit. Occurrit idem, in §. *aliquando Inst. de per. et temp. act.* ubi ita scriptum est: *aliquando tamen etiam ex contra heredem competit; veluti cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit*; cum versatus *sit*, pro cum versatus *est*. Quod si ut in aliis exemplaribus, ita legamus, *utique cum interitura esset res*, ut referatur ad illud, *Sabinus et Cassius dixerunt*, omnis dubitatio tollitur. Recte enim, et usitate dicimus: illi interitum naturalem ad actorem pertinere dixerunt; sed tunc solum quando res interitura esset, utraque parte orationis ad idem tempus relata, nempe præteritum. Et sane illud, *esset*, quod sequitur, ita legendum esse, aut certe melius ita legi nos admonet. Id enim posterius

exigit prius verbum ejusdem modi et temporis: ut ita dicatur, utique cum interitura esset res, etsi restituta esset actori: alioqui perturbabitur oratio temporibus, cum illud, *sit*, quod est in Pand. Florentinis, sit temporis præsentis, verbum autem *esset*, quod sequitur, sit præteriti imperfecti. Neque vero est, quod quisquam hanc interpretationem non bene convenire existimat cum sententia Sabini et Cassii, quæ refertur in *d. L. si plures*. Id quidem prima fronte videri potest: apparet enim illos hoc sensisse, naturalem interitum si non semper, at certe aliquando ad actorem pertinere posse: alioqui quod illi dixissent interitum ad actorem pertinere male id ex parte retineretur postea, ac non in totum et absolute rejiceretur. Nunc autem superiore interpretatione nostra effici quis dixerit, ut nunquam interitus etiam naturalis ad actorem pertineat: quia et si rem acceptam non semper retinere potuit creditor non magis, quam debitor: vendere tamen semper potuit. Sed hoc non ita est: multis enim modis potest accidere, ne creditor rem acceptam vendat, vel quia nolit, vel quia non possit. Quo tempore si res natura sua periit, hoc demum esse dicimus, cum is interitus ex superiorem sententia ad actorem pertineat. De his modis a me dictum est in *commentario de mora*.

Ad L. *Sed si ex stipulatu.* 24.

Paulus *libro IX. ad Sabinum.*

Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus: non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore, aut solus tutor interpelletur.

SUMMARIA.

1. *Pupillus cur sine tutoris auctoritate interpellatus moram non faciat.*
2. *Quid si Tutor non appareat.*

EX iis, quæ de interpellatione supra diximus, consequens est, quod hic traditur, pupillum sine tutoris auctoritate interpellatum moram non facere, ut postea re perempta non teneatur.
1 † Hoc enim eo fit, quia pupillus justam habet differendi caussam; eaque duplex est: primum quod rem debitam pupillus in sua potestate non habet: non enim habet alienandi facultatem. §. *nunc admonendi, Instit. quib. al. lic. vel non*. Deinde quia non intelligit, an debeat propter ætatem: creditur enim jus ignorare, idque illi facere permissum est. *L. regula, in prin. supr. de jur. et fac. igno.* Obstat *L. si dictum*, §. *ult. supr. de evic.* ubi scriptum est pupillo (propono eum pupillum, qui venditori successerit) recte denunciari etiam sine tutoris auctoritate, ut emptorem defendat, idque nisi fiat, pupillum ob evictionem teneri. Sed eo loco adjicitur, id tum fieri, cum *tutor non apparet*. † quod et nos in omni 2
alia interpellatione admittere debemus, et ita statuere, si tutor non apparet, recte solum pupillum interpellari, et eo interpellato fieri moram, ut re postea amissa pupillus, nihilominus teneatur. Idque optima ratione defenditur. Nam et si pupillus ipse una cum tutore non exstaret: tamen fieret mora ex re ipsa, ne absentia debitoris fraudi esset creditori. *L. sed etsi: in fin. supr. de usur.*

Ad L. *Si dari stipuler.* 25.

Pomponius *Libro XX. ad Sabinum.*

Si dari stipuler id quod mihi jam ex stipulatu debeatur, cujus stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione: quia superior quasi nulla sit, exceptione obstante.

Vide quæ scripsi ad L. qui bis. 18. supr.

Ad L. *Generaliter.* 26.

Ulpianus *lib. XLII. ad Sabinum.*

Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.

Ad L. *Veluti si quis.* 27.

Pomponius *libro XXII. ad Sabinum.*

Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat; sed et officio quoque prætoris continetur, ex hujusmodi obligationibus actionem denegari.

SUMMARIA.

1. *Contra bonos mores quid.*
2. *Turpes stipulationes quæ.*
4. *An valeant ab initio stipulationes turpes Jure Civili, sed exceptione doli mali, aut in factum opposita infirmentur: an vero plane inutiles sint, ut ad eas impugnandas non sit opus alio auxilio.*
4. L. pen. de cond. ob. tur. cau. *declarata.*
5. *An stipulatio, quæ pœnæ vincula matrimonium obstringere videtur, proposita in* L. Titia inf. *sit contra bonos mores.*

Quod dari fieri non potest, inutiliter promittitur. *L. si stipulor*, 35. *inf. eod.* Id non posse credimur, non tantum quod natura non possumus, sed etiam quod jure. *L. filius, supr. de cond. inst.* Ac jure fieri non potest, si quid leges fieri prohibent, aut boni mores.
1 *d. L. si stipulor, infr.* † Est autem contra bonos mores, ut Papinianus definire videtur in *d. L. filius*, quod factum *lædit pietatem, existimationem, verecundiam nostram*, in summa quidquid est turpe, et cum maleficio conjunctim. *L. si quis inquilinos*, §. *pen. supr. de leg.* 1. hinc turpes stipulationes, de quibus consequens est, quod hic traditur in *L. generaliter*: eas nullius esse momenti. † 2
Ac turpes esse illas non ambigitus, quibus promittitur aliquid, quod per seipsum sit turpe; veluti si quis homicidium, vel sacrilegium promittat se facturum, quæ exempla sunt *L. veluti*: cujusmodi et illam esse non dubito, cum pecunia promittitur alicui ob id, ne quid etiam istorum faciat. Ex hac

quidem promissione nullam esse obligationem constat. *L. jurisgentium, § si ob maleficium, supr. de pac.* Sed cur est inutilis? quia turpis. At quomodo turpis, quæ maleficium prohibet? quia hoc ipsum turpe est accipere, ut a maleficio temperes, quod facere sua sponte et gratis unumquemque oportuit. *L. 2. et L. ult. supr. de cond. ob. tur. caus.* Ejusdem generis et illa videri debet, cum stipulamur pœnam, si quis illam uxorem non duxerit, aut si ab ea, quam duxerit, diverterit: de qua in *L. Titia, infr. eod. L. 2. C. de inu. stip.* Neque uxorem ducere, neque ab ea, quam duxeris, non divertere turpe est: honestum est etiam, si volens facias. Sed invitum quemquam cogere, ut hæc faciat, quæ honestatæ vitæ, et mutuis officiis, ac mutuo amore provocanda sunt, et inhonestum et Reip. inutile Romanis judicatum est: hanc autem necessitatem ista faciendi in se suscipit, qui et se promittit ea facturum, et nisi fecerit, promittit pœnam. Hæ ergo stipulationes sine dubio turpes, in quibus turpe aliquid in stipulatum deducitur, sive id promittendi turpe sit factu, sive stipulanti acceptu, aut exactu turpe. Sed non minus et illæ turpes, ac contra bonos mores habendæ sunt, in quibus nihil quidem per se præstitu aut exactu turpe promittitur; verum ipsa rei obligatio aut maleficii admissi præmium continet, aut ad futurum invitat. Etiam facti flagitii caussa concepta stipulatio tanquam turpis non valet. *L. si flagitii. 123. infr. eod.* quia hoc modo et præmium maleficio statuitur, quod potius afficiendum fuit pœna, ne maneret impunitum; *L. ita vulneratus, supr. ad leg. Aqui.* et nocens ea veluti delicti mercede confirmatus ad eadem libentius et audacius in posterum patranda invitatur: qua parte etiam ad sequentem speciem id promissionis genus pertinet. Quæcunque autem stipulationes stipulatorem ad delinquendum invitant, hæ non alio loco habendæ sunt, quam quæ recta et aperte delictum ipsum continent, et efficiunt: eoque et pariter hujus generis conventiones omnes improbantur. *L. illud, supr. de pac. dot.* In quo genere non eas tantum numerari oportet, quibus aperte quid promittitur stipulanti ea gratia, ut sacrilegium exempli gratia aut lenocinium faciat, de quibus minor est dubitatio: *L. 5. C. de cond. ob. turp. caus. d. L. si flagitii. infr. eod.* sed etiam in quibus pecunia aut res aliqua juris nostri simpliciter promittitur, idest, ita, ut nulla delicti vel præteriti, vel futuri mentio fiat, ac ne promissor quidem aut maleficium requirat, aut ejus patrandi ullam caussam præbere cogitet; sed tamen res ipsa in se delicti illecebram habet. Hujusmodi stipulatio est, qua nobis hereditatem alterius deferri stipulamur. *L. stipulatio hoc modo. 61. infr. eod.* quæ si valere cœperit, quia ejus emolumentum ex morte promissoris pendet, etiam votum et captationem mortis promissoris afferet, quo citius hereditate potiri liceat. Hujusmodi et illa advocati, quia is sibi ex eventu litis certam partem lucri sibi a domino dari stipulatur *L. salarium, supr. mand. L. 1. §. si cui, supr. de extr. cog. L. sumptus. supr. de pac.* de quo genere toto etiam alibi diximus. Atque hæ turpes sunt stipulationes. De his hoc loco hæc definitio est, omnes omnino turpes stipulationes nullius esse momenti. De iis, quæ contra bonos fiunt, totidem pene verbis definitum est in *L. ex eo. C.* de inut. stip. *cum omnia*, inquiunt Impp. *quæ contra bonos mores in pactum, vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti*
sint. † An hoc sic accipimus, ut valeant qui- 3
dem ab initio stipulationes nullius turpes Jure Civili, sed exceptione doli mali aut in factum opposita infirmentur? nam hoc modo istas infirmari quibusdam locis significari videtur. *L. Titio, inf. eod. et L. pen supr. de cond. ob. tur. cau.* Sed verba hæc *nullius sunt momenti*, refragantur. Id enim dicitur nullius esse momenti, quod plane jure inutile est, quod ne Jure quidem Civili valet, ut ad id impugnandum non sit alio auxilio opus, ut declaratur aperte in *L. non dubium, in fin. C. de legib.* Hoc modo stipulationes impossibile conditione adjecta nullius momenti esse dicimus. *L. non solum, supr. de ob. et ac.* et absente sine peremptorio edicto condemnato dicimus sententiam nullius esse momenti. *L. 1. 1. item cum ex edicto. infr. quæ sen. si ap. resc.* ubi et stipulationem ita inutilem dici constat, ut nulla omnino ex ea obligatio sit; et sententiam ita non valere, ut nulla sit, ac ne appellare quidem ab ea sit necesse. Sed cur dubitamus de turpibus stipulationibus idem affirmare, hæremusque in verbis hujus loci, cum alibi tot locis id plusquam diserte expressum sit? quorum in aliis scriptum est has stipulationes esse inutiles, ut in *L. stipulatio hoc modo concepta, infr. eod.* in alis jam ab initio eas non valere, ut in *d. L. si flagitii; infr. eod.* in aliis etiam, ut ne quis esset dubitationi locus, has stipulationes esse ejusmodi, ut ex his nulla sit obligatio, nulla actio. *L. jurisgentium. §. si ob maleficium. supr. de pac. et L. ex eo. C. de inut. stip.* Et ut loci tam multi in eam sententiam in medio non essent: tamen cum fateamur turpes stipula-

tiones esse contra bonos mores, ac proinde contra jus, vel hoc ipso etiamsi desint cætera, quid eunsequens sit, apparet: si modo tenemus illud, quod traditum est in *L. non dubium. C. de legib.* quidquid fit lege prohibente, non solum inutile, sed etiam pro infecto haberi. Unde ibidem de omni conventione adjectum est, quod huc pertinet, nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri subsecutum, qui contrabunt lege cuntrahere prohibente: Proinde certum esse nec stipulationem bujosmodi tenere, nec mandatum illius esse momenti. An dubitamus ea contra jus esse, quæ sunt contra bonos mores. Atqui mores sunt optima pars Juris Civilis. *L. de quibus. supr. de legib.* nec in moribus ulli majorem vim veri juris obtinent, quam qui dicuntur boni mores. Ut in primis præceptis Juris Civili est, honeste vivere, neminem lædere: ita nibil æque probibetur jure, quam maleficia, omnisque vitæ turpitudo; adeo ut ad Reip. etiam utilitatem existimetur pertinere maleficia non esse impunita. *d. L. ita stipulatus, supr. ad leg. Aq. L. locatio, §. quod illicite, supr. de publican.* hoc autem solum contra bonos mores, quod turpe. In *L. si stipulor, infr.* cum definitio posita esset de eo, quod leges fieri prohibent, subiectum est exemplum ejus facti, quod contra bonos mores erat. In edicto de pactis constat de his pactis non servandis solum cautum esse, quæ dolo malo facta sunt, et contra leges, cæterasque partes juris. *L. jurisgentium, §. Prætor, supr. de pac.* At nemo unquam dubitavit, quin his verbis improbarentur ea maxime tanquam contra jus facta, quæ esset contra bonos mores. *L. 5. C. de pac.* Non est igitur quod quisquam dubitet, quæ stipulationes contra bonos mores fiunt, quas nunc turpes appellamus, eas ad regulam *L. non dubium,* quam maxime pertinere. ut quæ probibentibus bonis moribus factæ sunt, eæ tanquam probibente lege, et optima lege factæ pro infectis habeantur. An fatebimur turpes stipulationes nullius quidem momenti esse, iteque non valere, ut ex bis neque Jure Civili, neque prætorio detur actio, sed nibilominus tamen eas exceptione opposita infirmari dicemus? hoc vero multo minus quam superius illud ferendum est. Nulla est enim exceptio, nisi adversus actionem jure constitutam comparata: nulla denique, nisi cum Jure Civili actio nascitur ex stipulatione, et agente stipulatore justa est ejus intentio, ut proinde ad eam impugnandam exceptione sit opus: ut proinde ad eam impugnandam exceptione sit opus; quod nolius est, quam ut in eo probando laborare oporteat, ita id aperte declaratur toto Tit. *Inst. de excep. et L. dolo, C. de inut. stip.* Sunt tamen loci duo fateor, quos supra indicavi, quibus exceptio adversus hujusmodi stipulationes dari videtur. De quibus prius, quam respondeam, hoc præfabor non esse admodum. quod quisquam istis locis pro contraria superiore sententia sibi blandiatur. Nam etsi in his aperte proponeretur turpis stipulatio, et nihilominus in eo genere adversus actorem exceptio daretur: tamen ex illis diversa omnia colligerem ab iis, quæ illi volunt, qui istis non satis commode adversus eam sententiam, quam ostendimus, utuntur. Primum stipulationes turpes, quæ illic proponuntur, non esse eas, quas dicunt, ex quibus scilicet nec Jure Civili, nec jure prætorio actio detur, sed eas, quæ valeant, et actionem pariant ipso jure, idest, Jure Civili; quarum tamen actio exceptione infirmetur; id enim natura exceptionis exigit: toto Tit. *Inst. de exc.* Deinde hus locos non efficere, ut aliis tot locis et argumentis, quot supra ostendimus, non probetur stipulationes turpes ipso jure nullius esse momenti, quod fieri non potest; sed cum in bis duobus scriptum sit eas Jure Civili valere, et eo jure ex his nasci actionem, hoc relinqui, ut prioribus illis tam multis contrarii loci esse videantur. Quo admisso quærerem, quid de illis tam multis contrariis responderemus: de quibus tamen nibil dicunt, qui contra sentiunt, sed tanquam de re exploratissima loquerentur, ita de illis secure summum silentium agunt. Quærerem præterea, in exstruenda ex bis omnibus locis certa definitione utrum his duobus potius, an aliis tam multis et locis et rationibus nisi et stare oporteret. Atque hæc quidem tum facerem, cum his locis duobus, quos dixi citari pro contrariis, concederem de turpi stipulatione agi. Nunc autem nulla talis illis locis aperte proponi reperietur. Faciunt igitur omnino et præpostere, et absurde, qui ex dubiis, neque clare scriptis locis, hisque duobus sententiam exstruere conantur omnibus aliis tam multis locis, iisque certis, et præterea principiis juris manifestis adversantem: ac non potius student ea, quæ obscure in uno aut altero loco dicuntur, ex certis et indubitatis, ac multo pluribus sic interpretari, utcum rebus certis consentiant. Quæ eo dico, ut saltem jam ab initio hoc intelligatur, etiam si de his duobus locis satis expedite non liceret respondere: tamen non fuisse caussam, cur propter eas certam et tot locis inculcatam

sententiam mularemus. Sed hoc mittamus, quandu ad conciliationem istorum locorum nihil aut parum pertinent: de re videamus. Nego eos locos, qui contrarii dicuntur, agere de turpi stipulatione, aut certe de ea quam talem esse conveniat: quod si ita est, contrarios non esse apparet: de turpi enim stipulatione agimus. Obiicitur primum *L. pen. supr. de cond. ob tur. caus.* In ea ita scriptum est: *si ob turpem caussam promiseris Titio, quamvis si petat exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis; tamen si solveris, non posse te repetere.* † Quibus verbis hoc dicere Paulum apparet, quod ob turpem caussam promissum est, si id stipulator petat, posse eum doli exceptione summoveri. Et si quidem omnis stipulatio ob turpem caussam facta turpis esset, aut cum quædam essent turpes, quædam non turpes, pariter tamen de omni eo, quod promissum est ob turpem caussam, Paulus respunderet: negare non possemus superioribus verbis hoc exprimi, etiam turpem stipulationem, quæ ob turpem caussam facta sit, jure valere, sed ex ea agentem exceptione summoveri posse. Nunc autem hoc statuo, neque omnem stipulationem, quæ ob turpem caussam facta sit, turpem esse, etsi pleræque hujus generis sint turpes, neque de omni, quæ ob turpem caussam interposita sit, Paulum agere, sed de ea tantum, quæ non sit turpis: quod si probatur, obtinemus, quod volumus, cum Pauli locum concontrarii nihil habere. Ac primum verissimum est illud, quod hoc loco a Bartolo scriptum est, cum quid ob turpem caussam promittitur; caussa quidem turpi expressa, stipulationem esse inutilem; ea autem non adiecta valere ipso jure, sed actionem per exceptionem infirmari. In quo probando ille laborat; sed nihil certius: quandoquidem illic turpis est stipulatio, hic nequaquam. Ea enim demum turpis stipulatio est, quæ in sese implicitam habet turpitudinis, et maleficii caussam, sive ea verbis stipulationis exprimatur, veloti si promittam decem, ut lenocinum facias, ut hominem occides; sive conditione ipsa rei promissæ maleficium involvet, qualis est stipulatio de futura successione. Et ideo utraque pariter non valet. Ac prior quidem dicitur non valere etiam ab initio in *L. si flagitii, infra eod.* de posteriore hoc etiam expressum est, nullam ex ea actionem nasci. *L. ex eo, C. de inut. stip.* Quod si pecunia simpliciter promissa sit nulla nominatim turpi adiecta caussa, ob quam promitteretur, non potest stipulatio dici turpis, quæ in se nullam turpitudinis caussam neque verbis, neque rei promissæ conditione inclusam habet, quamvis nulla alia de caussa facta sit, quam ut turpe aliquid faceres, de quo et prius inter nos actum erat; cujus etiam gratia stipulatiu secuta est; sed caussa cogitata et constituta solum extrinsecus, non autem stipulatiune comprehensa. Hæc quia in se turpis non est, nihil dici potest, cur Jure Civili non valeat, si verba tantum spectes, quibus stipulationes et pactiones omnes non iniustæ, non inhonestæ confirmantur. Sed quia etsi de caussa nihil exprimitur, tamen re vera stipulatiunis nulla caussa est, aut quod idem valet, est iniusta, ideo iniquum est reum qui promisit, ex ea stipulatione condemnari, ex quo est doli exceptiu adversus agentem prodita in omni alia stipulatione, quæ sine caussa facta sit. *L. 2. §. circa. supr. de dol. exc.* De hac stipulatione solum si sentiat Paulus, nihil jam dubii esse potest, quin ut vere scripsit, si stipulator petat, eum exceptione summoveri posse, ita his, quæ de turpibus stipulationibus diximus, nihil adversetur, cum hæc, de qua dicit, secundum verba et formam stipulatiunis non sit turpis. Sed Paulum de hac specie tantum sentire quomodo obtinebimus, dixerit aliquis? non enim satis est, si dicatur aliis locis generaliter traditum esse turpes stipulationes nullius esse momenti, ut probetur Paulum de eo genere hic non sensisse; quid enim, si verba ejus repugnent, doceatque eum in ea re dissensisse a ceteris? Atqui Paulus proponit aliquid promissum esse ob turpem caussam, neque de caussa nominatim adiecta, aut non adiecta quidquam exprimit. Utrum igitur factum sit, ad prupositionem et responsionem ejus referre non videtur. Quinimo si recte judicare volumus, pruprie id intelligitur ob turpem caussam promitti, et quod turpi caussa expressa promittitur: quemadmodum ob caussam dari, quo nominatim addita conditione datur. *L. si repetendi, C. de cond. ob. caus. dat.* Ego autem et in verbis Pauli, et in sententia totius ejus responsi omnia concurrere ajo, quibus liquido declaretur, cum stipulatorem exceptionem summoveri posse ait, non de alia stipulatione hoc eum dicere, quam quæ non sit turpis, quæ eadem caussam turpem non habeat stipulationis verbis comprehensam. Ac primum in his verbis, *quamvis si stipulator petat, exceptione summovere eum possis*, diligenter observetur nihil affirmari a Paulo de stipulatore exceptione summovendo, an possis eum summovere, et quandu possis: sed tutum hoc dictum esse per occupatiunem, sub conditione

videlicet, si modo possis: cum hoc quæreretur, non an si a te peteretur, exceptione te tueri posses; sed si ultro solvisses, an solutum posses repetere: ut sit sensus, etiam si stipulatio proponatur, ex qua agentem summovere possis, ac proinde quæ jure valeat; tamen te ex ea solutum repetere non posse. Est enim in his verbis concessio, seu modus potentialis, ut Grammatici loquuntur: *quamvis possis*, pro quamvis detur ea species, ut possis. Unde intelligimus, cum de eo nihil affirmet Paulus, quænam sit stipulatio ob turpem caussam facta, quæ jure valeat, ac per exceptionem infirmetur, id eum relinquere in medio, et permittere regulis juris; de quibus si dubitetur, unde explicatio ejus rei sumatur, nisi ex iis locis, qui de turpibus stipulationibus clare scripti sunt, definimusque ex iis, si re ob turpem caussam promissa stipulatio conceptione ipsa sit turpis, hanc ipso jure non valere; si non sit turpis, ita valere jure, ut tamen stipulator si petat; possit exceptione sommoveri? Ita fit in verbis Paul', quod dixi, ut cum de stipulatione is loquatur sub conditione, si ea sit, ex qua petitur exceptione summovere possit: ipsis etiam ejus verbis ea stipulatio indicetur, quæ sic ob turpem caussam facta sit, ut tamen non sit turpis, quæ eadem caussam turpem expressam non habeat: quoniam jure non alia sit, quæ per exceptionem rescindatur. Cum hanc interpretationem verba Pauli admittunt, tum vero esse hanc ipsissimam ejus sententiam, ut ejusmodi sola stipulatio in eo responso intelligatur, cognito eo quod illi in toto eo responso propositum est, et quod in eo diluere conatur, non difficile erit judicare. Animadvertendum est, ut dixi, quæstionem illic esse, non an quod ex stipulatione ob turpem caussam facta promissum est, peti possit; sed an soluturum ex ea possit repeti. Quæ res repetitionem dare videretur, hæc fuit, atque hic ambigendi caussa. Quod enim hic solutum est a promissore, non tam ob turpem caussam, ob quam stipulatio facta erat, solutum est, quam ob ipsam stipulationem: ut dici possit solutum repeti posse, nempe condictione sine caussa, cum stipulatio, ob quam caussam solutum est, fuerit inanis seu nulla. Et respondet Paulus, tametsi ex stipulatione solutum est, tamen repetitionem cessare: hæc quidem ejus extrema verba sunt in eo responso: ex quibus apparet, quod dixi, dubitationis caussam in eo fuisse, quod ex ea stipulatione solutum esset, posteaquam hanc ipse dubitationem removet. Sed intelligendum est, ne hic quidem ullam dubitationem futurum fuisse, quod ex stipulatione solutum est, si stipulatio ob turpem caussam facta nominatim ob turpem caussam facta, nominatim ob turpem caussam concepta esset. Etsi enim tum solutum esset propter stipulationem; tamen aperte solutum esset ob caussam turpem, quia ipsa stipulatio aperte se ostenderet esse turpem: ex quo constaret, quod ex eo genere solutum esset, tanquam omni modo ob turpem caussam solutum repeti non posse. Tunc solum justa dubitatio esse potuit in proposito, si stipulatio ob turpem caussam interposita proponatur jure valuisse, cujus tamen actio exceptione potuerit summoveri, id est, quæ in sese non fuerit turpis. Dici enim potuit, cum hic ob stipulationem solutum est, non esse solutum ob turpem caussam: quoniam stipulatio, quæ fuit caussa hujus stipulationis, turpis non fuerit: hanc ergo dubitationem solam sibi illic proposuit Paulus, eoque et de stipulatione ob turpem caussam facta, quæ exceptione removeri posset, in occupatione solum mentionem facit: quod ipsius reliquum responsum, et ratio ad eam unam dubitationem removendam accommodata liquida probant. Respondet igitur ita: quamvis stipulatio sit ejusmodi ex qua si stipulator petat, exceptione summoveri possit et ideo talis, quæ alioqui Jure Civili valeat ob id, quod conceptione ipsa turpis non sit; tamen ex ea solutum repeti non potest. Quod enim hic solutum est, ita solutum est ex stipulatione, sive ob stipulationem, ut solutum sit etiam ob caussam stipulationi propositam, quæ caussa fuit turpis. *Sublata*, inquit, *proxima caussa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, pristina caussa, id est, turpitudo superest.* Sensus est; quamvis stipulatio, quæ nec turpis est, et pro nulla habetur propter exceptionem, non obstet, quominus quod ex ea solutum est, repeti possit, ut eatenus solutum sine caussa; tamen altera adhuc caussa superest, propter quam solutum proponitur, nempe turpitudo, propter quam stipulatio ipsa facta est: ob turpem caussam solutum constat repeti non posse. Cui disputationi et rationi animadvertere possumus non esse locum in ea stipulatione, quam per se turpem esse constaret. In promptu enim esset dicere hoc ipso, quod ex ea stipulatione, nulla quidem, sed tamen turpi, solutum est, cessare repetitionem: neque pristinam aliam caussam turpitudinis ad repetitionem eam impediendam requireremus. Quæ cum ita sint, dilucide me expedivisse puto in *d. L. pen. de cond. ob. tur. cau.* de stipulatione quidem ob turpem caussam fa-

cta apud Paulum agi, sed non de ea, quæ sit turpis; proinde cum ille ex ea dicit petentem exceptione summoveri posse, nihil eum dicere, non dico quod eam definitionem certi juris, quam de turpibus stipulationibus posuimus, rescindat, sed etiam quod ei ullo modo adversetur. † Alter locus, in quo adversus eam stipulationem, quæ sit turpis, et contra bonos mores, videtur dari exceptio, ut sic ipsa stipulatio Jure Civili confirmetur, est *L. Titia, infr. eod.* ubi maritus et uxor non de suis nuptiis, sed filiorum suorum, quos ex aliis matrimoniis haberent, paciscentes proponuntur convenisse ut Seii filia Titiæ filio desponderetur, et si quis eorum filiorum impedimento esset nuptiis, pœnam invicem stipulati sunt. Scævola eo loco hanc stipulationem scribit non esse interpositam secundum bonos mores: respondet tamen idem ex ea stipulatione agenti exceptionem doli mali obstaturam. Sed si in hoc genere ea stipulatio est contra bonos mores seu contra jus, quæ libertatem matrimonii impedit, quod liberum esse debere Romanis placuit: *L. 3. C. cont. stip.* vel ut Scævola loquitur in *d. L. Titia:* si inhonestum est contra bonos mores vinculo pœnæ matrimonia obstringi sive futura, sive jam contracta: consequens est, si verba legis tueri volumus: supra scriptam stipulationem, quæ apud eum proponitur, non esse contra bonos mores, nec inhonestam. Est enim ejusmodi, qua nullis omnino matrimonii contrahendi, aut non contrahendi, libertas adimatur, seu qua nullorum omnino coniugum matrimonia vinculo pœnæ obstringantur; non stipulantium, qui de suo matrimonio non paciscuntur: non eorum, de quorum nuptiis agitur, quia stipulatio inter alios interposita eos non obligat. Atque hoc ita est; si quis id, quod recta et aperte agitur, consideret; verum oblique stipulatio huc spectat, atque etiam hoc efficit, ut liberorum, qui ipsi nihil contraxerunt, matrimonium eo vinculo pœnæ quodammodo obstringatur. Metuent enim liberi aut parentum minas, aut ne illi in pœnam incidant: qua ratione in stipulatio videri potest, si non aperte contra bonos mores, aut certe non secundum bonos mores ut Scævola loquitur. Hæc res facit, ut in parentum persona hæc stipulatio ipso jure valeat, ut quæ non pugnet cum verbis legum libertatem matrimonii stipulatione impediri prohibentium; at ex sententia legis actio, quæ summo jure constituta est, exceptione doli mali, ut vult Scævola, repellatur.

Ad L. *Si rem tradi.* 28.

Paulus *libro X. ad Sabinum.*

Si rem tradi stipulamur, non intelligimur proprietatem ejus dari stipulatori, sed tantum tradi.

De hac stipulatione dicetur commodius ad *L. in conventionalibus.* 52. §. *ult. inf.*

Ad L. *Scire debemus.* 29.

Ulpianus *libro XLVI. ad Sabinum.*

Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ sunt: totque esse stipulationes, quot species sunt. Secundum quod evenit ut mixta una summa vel specie quæ non fuit in præcedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes. Quamvis autem placuerit tot esse stipulationes, quot summæ, totque esse stipulationes, quot res: tamen si pecuniam quis quæ in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniæ: non tot sint stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes, absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint, vel plura legata. Sed et familiæ, vel omnium servorum stipulatio una est. Itemque quadrigæ, aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit: tot stipulationes sunt, quot corpora.

S U M M A R I A.

1. *Regula hæc: Tot esse stipulationes, quot summæ, aut species, quomodo accipienda.*
2. *Cur. si plures res nominatim stipulationis verbis exprimuntur, plures stipulationes esse intelligantur: Si vero generali et communi verbo res plures significatæ sunt, una tantum sit stipulatio.*
3. *Quando exprimi videantur res, quando non exprimi.*
4. *C. annua, bona, trima die dabis? tresne an una sit stipulatio.*
5. *Superioris regulæ effectus.*

Regula recepta erat apod veteres, tot stipulationes esse, quot res. Sic enim refertur in *L. quod dicitur*, 86. *infr.* quod ipsum explicatius definitur hoc loco, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ, aot species; intellig• , una stipulatione et conceptione verborum comprehensæ, et ut alibi dicitur, quot res sunt, quæ in stipulationem deducuntur. *L. quia dicitur, sup. de eric.* Id quoniam statui multas ad res utile erat, de quibus postea, ideo de ejus definitionis interpretatione tractatum est. Ac primum quia generaliter concepta est de his rebus, quæ sunt in stipulatione, sic ejus verba sunt, ut quocunque modo res plores stipulatione contineantur, videri possint tot esse stipulationes: veluti, si quis stipuletur centom aureos, secundum verba dici possunt esse stipulationes centum, quia tot sunt videlicet aurei in summa centum aureorum, qui omnes stipulatione continentur. Sed non ea regulæ sententia est. ✝ Qoare ne ea generalitas verborum nos fallat principio movemur, ea regulam sic accipiendam esse, non si quovis modo plures comprehendantur stipulatione: sed si nominatim exprimantur stipulationis verbis: cæterom si expressæ non fuerint, unam esse stipulationem: hoc Ulpianus in *d. L. quod dicitur, infr.* Atque hinc pendent cætera hojus loci. Sed prius dicam de ea distinctione, quod videatur omnino ad ejus explicationem pertinere: Non quæro hic de verbis, quam recte verba regulæ alioqui generalia ad speciem rerum specialiter expressarum revocentur: dici enim potest ex his locis, in quibus de hac re constituerunt veteres, satis constare solum de his rebos illos sensisse, quæ expressæ essent. Quanqoam et verba atque usus loquendi juris auctorum eam interpretationem satis admittant. Ut enim proprie dicitur legatum in alienam voluntatem conferri, quod 1

in voluntatem verbis expressum confertur: *L. nonnunquam*, *supr. de cond. et dem.* ita proprie eæ res in stipulationem deduci, quæ aperte et expressim deducuntur. Utcunque est, ita sensisse, et hoc valuisse veteres certum est. ✝ Missis igitur verbis, de re quæro,
2 quam regula constat exprimi, cur uno modo placuerit potius plures esse stipulationes, quam altero: cum sive res plures exprimantur, sive generali aut communi verbo significentur, utraque modo pariter fiat, ut omnes contineantur stipulatione. Sive enim stipuler Stichum et Pamphilum, qui tui sunt, sive simpliciter servos tuos, cum non haberes nisi Stichum et Pamphilum, utraque oratione Stichus et Pamphilus deducitur in stipulationem, nec quidquam præterea. In sententiis ad summam exprimendam, in quam reus condemnari debet, nihil interest, utrum aperte exprimatur verbi sententiæ summa ipsa, an vero id quod eam summam contineat. *L. in sententiis*, *supr.* de re jud. *hominis legatum*, inquit Papinianus *orationis compendio singulos homines continet* 2. Mævius. §. *duorum*, *supr. de leg. I.* Quid igitur ad distinguendam stipulationem pertinet res plures exprimi verbis, quæ etsi non appellentur distincte, nihilominus alio verbo æque significentur? Et utique non ex verbis nata est hæc distinctio veteribus: de quorum significatione si quæritur, fatendum est verbo generali aut communi, puta familiæ lectieariorum, hereditatis, non minus singulas res his verbis subjectas contineri, quam si nominatim et specialiter nuncupatæ essent, quod diserte scriptum est in *L. si chorus*, *in pr. sup. de leg.* 1. sed ducta est distinctio ex mente contrahentium; mentem illi ex conceptione verborum collegerunt. Plures res non frustra exprimuntur, ideo ergo exprimuntur, quia id agitur, ut de singulis separatæ et distinctæ sint in interrogationes, ita et stipulationes. At cum res collectim uno verbo comprehenduntur, nihil proponitur, unde intelligatur aliud sensisse contrahentes, quam ut una sit stipulatio: cum et una interrogatio sit, atque conceptio verborum et res semel appellatæ, non divisim, aut sæpius. Sed nihil ad rem voluntas contrahentium facit, dicat aliquis, si in pluribus stipulationibus ea desunt, quæ ad plures contrahendas desiderantur. Atqui ad stipulationem contrahendam non rebus tantum opus est, sed conficitur præcipue stipulatio interrogatione præcedente, et sequente responsione. *L.* 1. *C. de cont. et com. stip. L.* 1. *C. de usur.* quod hic non fit, cum plures res quamvis expressæ semel deducuntur in stipulationem: hic enim una interrogatio est, una responsio, una denique conceptio verborum, non plures. Ex quo efficitur unam hic quoque videri debere stipulationem. Et siquidem plures hic interrogationes non essent, responsiones plures, admitterem hic quoque plures stipulationes esse non posse, quia natura stipulationis prohiberet. Sed pluribus rebus expressis, intelligi debet plures hic quoque esse interrogationes, et in summa tot esse, quot sunt res verbis expressæ: in singulis enim rebus expressis idem verbum repetitur: ut cum dico. Stichum et Pamphilum dabis? perinde est, ac si dixissem, Stichum dabis? et præterea Pamphilum dabis? vis hæc est conjunctionis, ut cum pluribus rebus conjunctim expressis idem verbum subiicitur, verbum commune ad utramque conjunctionis partem ex æquo pertineat. Quod si plures sunt interrogationes pluribus expressis rebus, intelligendum est, et in una responsione plures esse responsiones, nempe una de singulis ac proinde totidem stipulationes. Promissor enim ad interrogationem simpliciter respondens, breviter ad eadem omnia, de quibus interrogatus erat, similiter respondere intelligitur. §. *præterea*, *Inst. de inupt. stip.* Constat igitur veteribus ratio, cur placeret, si plures res stipulatione expressæ sint, plures esse stipulationes; si non sint expressæ, unam. ✝ 3
Hoc posito deinde quæsitum est, quando exprimi videantur plures, quando non exprimi; id quod hoc loco traditur exemplis ad eam rem declarandam accommodatis. Summa est: species plures, et summæ plures exprimuntur verbis, quæ nominatim et distincte appellantur aut conjunctione interposita, aut ἀσυνϑέτως: veluti, Stichum et Pamphilum dabis? decem et quindecim dabis? servum fugitivum non esse, errunem non esse, furem non esse spondes? ut hic declarat in illis verbis, *at si quis illud et illud*, et L. qua dicitur, *supr. de evict.* Contra plures non exprimuntur verbis stipulationis, eoque unam stipulationem faciunt, quæ comprehensim verbo uno significantur; sive id collectivum est, ut summam illam, acervum illum pecuniæ dabis? quadrigam, familiam dabis? sive est plurale, ut lectiearios tuos dabis? quæ sunt exempla hujus loci. Adeoque id verum est, ut si quid verba plurali, communi in stipulatum deductum sit, quamvis demonstratum sit ex eo loco, in quo plures res ex eo genere aut divisim continebantur, aut etiam nominatim et distincte appellatæ erant; tamen quia stipulationis verbis indicatæ sunt tantum, non expressæ,

convehiat finem esse stipulationem; veluti si cui res plures specialiter legatæ sint, et is stipuletur ab herede legata sibi illo testamento relicta. *vers. stipulationem, quoque, hac L.* Quod tamen in hac specie non placuit, cum res plures expressæ pacto, eadem demonstratione et verbo communi in stipulatum deducuntur: ut cum pluribus rebus nominatim præpositis, de quibus dandis convenerat, ita subiicitur stipulatio, ea quæ supra scripta sunt, dari: hic enim visum est tot esse stipulationes, quot res pactis præcedentibus expressæ. *L. pen. in prin. L. Titiæ, §. ult. infr. eod.* Sed quid interest, roget aliquis, ad res plures exprimendas, quis locus demonstretur ex iis, in quibus eæ res scriptæ sunt, si in omnibus pariter sunt expressæ? Et probandum est ad significationem plurium rerum nihil interesse: sed ad expressionem eam, quæ stipulatione fiat, et quam velint fieri contrahentes, de qua nunc agitur, multum interest. Re vera enim non possunt dici res plures stipulatione exprimi, nisi aut eas verba ipsa stipulationis exprimant, aut id saltem, quo res illæ exprimuntur, contineatur stipulatione. Nunc autem cum stipulor legata, quæ mihi testamento relicta sunt, non potest dici aut me ea exprimere his verbis, aut testamentum id stipulatione contineri: quod contra fit, cum stipulor ea, de quibus ante convenit. Cum enim pactis plurium rerum propositis subiicitur stipulatio, in quam hæc ipsa pacta deducuntur, apparet et verbis et voluntate contrahentium fieri, ut ea pacta stipulatione contineantur: cum etsi nominatim de his stipulatio facta non esset, tamen hoc ipso quod præfationes stipulationis essent, in stipulatione repetita crederentur. *L. Titia, §. 1. infr. eod.* Ita necesse est, quod his pactis expressum est, etiam stipu-
4 pulatione, cujus pars sunt, exprimi videri. † Præter hanc stipulationem etiam de ea apud veteres variatum est, cum stipulor centum annua, bima, trima die dari, ut Paulus testatur in *d. L. penul. §. 1. infr.* Quippe hic prima facie centum tantum exprimuntur; quam ob caussam videri potest una esse stipulatio. Ille verius esse ait, et hic tres esse trium summarum stipulationes. Quod significatione superiorum verborum cognita rectissime ab illo dici perspicitur: hoc enim valent, centum dari, sed divisis per tres annos æquis pensionibus, idest, primo anno primam, secundo alteram, tertio tertiam. *L. 3. supra, de an. leg.* quibus verbis non tempora solum exprimuntur, idest, tres anni; sed etiam distinctæ singulorum annorum summæ. Et ideo Paulus ait tres hic esse non trium annorum, sed trium summarum stipulationes: significans has tres esse expressas. Cum stipulor centum annos singulos, ut annos ullos hic non exprimo, ita fieri non potest, ut hic ullorum annorum videri possim exprimere pensiones: itaque non mirum, si hic una stipulatio esse dicitur. *L. si Stichum, 16, §. 1. supra eod.* † Valet superior regula ad res plures. Primum 5
hoc efficiebat olim, ne interdum exsisteret, quæ alioqui ex posteriore stipulatione futura esset, novatio. Nam si quis stipulatus decem, postea stipularetur decem, et quinque: si quidem decem et quinque aureorum una stipulatio esset, novatio fieret jure vetere, quo placebat novationem fieri, dum idem postea promittebatur, si posterior stipulatio aliquid amplius continerent. *§. præterea Instit. quibus mod. toll. ob.* nunc quia hae duæ stipulationes sunt, una in decem, altera in quinque, eveniebat etiam tum, ne ulla novatio fieret: quia cum hic duæ stipulationes essent, neutra per se plus contineret, quam prior. Unum hunc effectum regulæ attingit hoc capite Ulpianus circa principium, illis, *secundum quod.* Sed hic effectus hodie nullus est post constitutionem Justiniani de novationibus. *L. ult. C. de novat.* qua cautum est, ne aliter fiat novatio, quam si nominatim id actum sit, ut fieret. Finge ergo posteriorem stipulationem decem et quinque novandi animo nominatim non esse interpositam: non fiet novatio prioris stipulationis, etiam si quis unam hic esse stipulationem dederit, non duas. Finge e converso posteriorem interpositam novandi animo: jam hic fiet ejusdem summæ novatio omni jure, etiam si duæ sint distinctæ stipulationes, ita ut neutra ex his plus contineat, quam prior. Sed quanquam hic solum effectus hoc loco refertur, atque is hodie, ut dixi, nullus est: non ideo tamen superior regula inutilis; habuit ea, et nunc habet alios complures. Si quot sunt summæ, aut species stipulatione expressæ, tot sunt stipulationes; ex singulis onum quodque, quod inde debetur, separatim solvi potest creditori, ut si is recuset accipere, moram faciat; quod non fieret, si omnia eadem stipulatione deberentur, ut diximus ad *L. 2. §. supr. eod.* Si pluribus rebus expressis plures sunt stipulationes, sub conditione contractæ: una commissa, etiam alia separatim potest committi, et cum ex una actum fuerit, etiam ex alia committetur, agi potest: in quibus si una esset stipulatio: et semel ea committeretur, nec

amplius ex ea agi posset, quam semel. *L. quia dicitur*, *supra de evic.* Si hic plures stipulationes sunt; non indigent insinuatione, quamvis donationis caussa factæ sint, si singulæ non excedunt legitimum modum. Quod si plurium summarum aut rerum una donatio sit. necessaria fuerit insinuatio, si res omnes stipulatione comprehensæ coniunctim legitimum modum excedant. *L. sancimus*, §. *pen. C. de donat.* Postremo si pluribus rebus expressis plures sunt stipulationes; expeditissimum id argumentum erit, ut probetur, si quis de pluribus rebus interrogatus de una tantum responderit, stipulationem in eam rem unam contrahi. Recte enim dicetur secundum regulam supra scriptam in eam rem, quæ expressa erat, unam stipulationem conceptam fuisse: eo fieri, ut cum congruenter, et in totum responsum sit, nihil deesse possit ad justam stipulationem: nec quidquam obstabit alterius rei expressæ omissio: quia in eam quoque rem altera fuerit stipulatio secundum eandem regulam. Est quidem ea stipulatio inutilis, quia in ea ad interrogatum responsum non est: sed non vitiatur utilis per aliam inutilem. Sic ratiocinatur Ulpianus ex regula superiore in *L.* 2. §. *pen. sup. eod.* Sed intelligendum est hoc ad majorem et certiorem confirmationem ab Ulpiano dictum esse, non autem ita colligi, ut velit, si in stipulatione res plures, ut plures summæ, expressæ non essent, eoque non essent duæ stipulationes, ideo inutilem fore responsionem, si promissor in partem tantum, de qua vi ipsa interrogatus erat responderit. Nam etsi una tantum summa expressa sit stipulatione, puta viginti, et promissor non viginti, sed tantum decem responderit, idem Ulpianus auctor est eodem loco, stipulationem in decem esse contractam. *d. L.* 1. §. *si stipulanti.* Recte, ut ibidem ille disserit: satis est enim ad stipulationem idem respondere, de quo sis interrogatus, etiam si in partem, dummodo certam et divisam, non autem ad omnia respondeas. Porro, inquit ille, *in viginti manifestum est et decem inesse.* Dici quidem potest, cum promissor ex viginti solum decem respondet, ea responsione duas eum summas exprimere, atque ita duas responsiones facere videri: tantum enim valet ejus responsio, ac si dixisset, ex viginti, de quibus interrogas, decem promitto, et decem tantum, idest, altera decem non promitti. Sed non ideo in stipulatione seu interrogatione de viginti plures sunt summæ stipulatione expresse: quod ut plures sint stipulationes, regula exigit. Tutius est igitur in ratione Ulpiani manere, et ea ratione defendere responsionem partis, quod promissor in decem ad interrogatum responderit. Unde intelligemus eam sententiam de responsione unius rei ex pluribus probanda superioris regulæ effectum non esse: cum ei sententiæ locus esse possit, etsi plures summæ stipulatione expressæ non sint: sed tamen, si plures res sint expressæ, et cum in unam tantum responsum est, placeat hactenus stipulationem contrahi, recte dici ejus rei certissimam confirmationem in superiore regula nos habere. Regulæ locus est in quæstione de stipulatione contrahenda, cum de verbis idest; de interrogatione et responsione agitur, traditurque his verbis confici stipulationem. *L.* 1. *supr.* Hoc enim dicto efficitur, ut quemadmodum cum una est interrogatio et responsio, una quoque stipulatio est: sic et cum plures interrogationes et responsiones de diversis rebus sunt, plures quoque sint stipulationes. Hic locus est monendi plures has interrogationes et responsiones intervenisse videri, cum res plures stipulatione expressæ sunt, et simpliciter responsum est. Inde dictum tot esse stipulationes quot res.

Ad §. *Si a fure.*

Si a fure hominem sim stipulatus: quæsitum est an stipulatio valeat. Movet quæstionem, quod stipulatus hominem plerumque meum videor. Non valet autem hujusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. Et constat, si quidem ita stipulatus sim, *quod ex caussa condictionis dare facere oportet?* stipulationem valere: si vero hominem dara stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. Quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione Marcellus ait: quandiu enim vivit, condici poterit: at si decessisse proponatur: in ea conditione est, ut evanescat conditio propter stipulationem.

SUMMARIA.

1. *Regula hæc: Neminem rem suam stipulari posse, quo casu locum non habet, et quæ exceptionis ratio.*
2. *Domino rem suam a fure simpliciter stipulante quatenus nullius momenti intelligatur stipulatio.*
3. *Stipulatio, qua rem suam a fure dominus stipulatur, etsi non novet præcedentem obligationem, tamen ad purgandam moram facit.*
4. *Quomodo fur, a quo dominus inutiliter rem suam stipulatus est, moram purget.*

1 Quod dicitur neminem rem suam stipulari posse, *L. nemo*, 82. *inf. eod.* in re furtiva quam dominus stipuletur a fure, non est perpetuum. In eo hæc distinctio est hoc loco ut si quidem stipuletur dominus, quod furem furem ex caussa condictionis dare facere oportet, idest, rem ut furtivam, valeat stipulatio; sin simpliciter rem suam, dum aut rem suam nominat, aut rem appellat suo nomine stipulatio nullius sit momenti. Cujus tum exceptionis, tum distinctionis hæc ratio est. Qui stipulatur, quod furem ex caussa condictionis dare facere uportet, is rem furtivam stipulatur: suam quidem, sed tamen furtivam, quia nemo rem suam condicere potest, nisi furtivam, seu præterquam a fure, *sic itaque, Inst. de act. L. ult. supr. usu. quem cau*. In re autem furtiva singulare jus receptum est, ut existimetur domine a fure dari posse, quo non tantum eam a fure vindicare liceat, sed etiam dominu liceat condicere. *d. §. sic itaque, de act.* qua ratione potest dominus et rem furtivam a fure stipulari. Quod utrum superioribus verbis faciat, at aliis idem significantibus, nihil interest. Denique rem suam recte stipulatur quisque, dum stipuletur tanquam furtivam, idest, addita ea sive circumscriptione, sive demonstratione, qua declaretur dominum rem stipulari, quæ furto ei sublata sit, quæ furto a promissore teneatur. Hoc titulo et nomine detracto qui eam rem stipulatur, nihil amplius intelligitur stipulari, quem rem suam, id est, eam, quæ ei dari non potest: quæ res facit, ut stipulatio ad communem regulam pertineat, eoque sit inutilis. † Quod tamen dixerat Ul- 2
pianus, cum dominus rem suam a fure simpliciter stipulatur, nullius momenti esse stipulationem, quomodo accipi velit, declarat in illis verbis, *quod si postea*. Docet autem id se ita intelligere, ut nullius sit momenti ea stipulatio ad id, cujus caussa inventæ sunt stipulationes, idest, ad contrahendam obligationem, et ad agendum; cæterum hactenus utilem esse furi ipsi, ut si postea res furtiva sine mora decesserit, jam amplius fur non teneatur condictione. An quod posteriore ea stipulatione novatio facta est? Minime; neque enim ea stipulatione, quæ nulla est, prior novari potest. *L. 1. infr. de novat.* Cujus rei certissimum hic argumentum est, quod dicitur etiam post novam stipulationem quamdiu homo furtivus vivit, condici eum posse. † Sed posteriore stipulatione interpo- 3
sita fur purgavit moram, idest, moram facere desiit: ut consequens sit; si sine nova culpa

res pereat postea, eam perire sine mora furis; et quia pereat sine ejus mora, ideo et re exstincta ipsum interitu liberari, *L. si ex legati. supr. L. si servum, §. sequitur, infr. eod.* Unde quod dicit in extremo Ulpianus evanescere condictionem propter stipulationem, non simpliciter dicit, sed sub conditione, si homo furtivus decessisse proponatur. Propter interitum igitur rei furtivæ tanquam propinquam caussam fur liberatur: sed hæc caussa aliam secum adjunctam habet, quod sine mora res decesserit, quam caussam prius posuerat his verbis, *Quod si postea sine mora decessisse proponatur servus:* ut autem decederet sine mora, per stipulationem factum est. Ita stipulatio hæc prima caussa est cur re postea exstincta evanescat condictio, quia stipulatio moram sustulit; mora sublata interitus rei furem liberat. ✝ Sed quomodo purgat moram fur, a quo dominus nihil amplius, quam rem furtivam stipulatus est, idque inutiliter? Nempe ostendit dominus hac stipulatione se omittere debiti repetendi instantiam, idest, se paratum esse expectare, nec amplius instare debitori, ut rem solvat. Declarat enim hoc modo se pro rei præstatione contentum esse nova repromissione debitoris, etiam si re vera non valeat repromissio: hoc cum fit, reus in mora esse desinit. *L. mora, supr. de usur.* Et si quidem res furtiva præsens sit, cum dominus ejus rei repromissione contentus est, extra controversiam est furem desinere moram facere. At quid, si non sit res præsens, quæ promittitur? Idem dicendum est, si posterior stipulatio sit præsens, non sub conditione: qualis stipulatio est ea de qua hic agitur. Arg. in *L. parvi, supr. de cond. fur.* Diversum est, si dominus a fure rem absentem stipuletur sub conditione; hic enim voluntate domini non prius mora fit, quam conditio exstiterit: quia nec ante stipulatio posterior contrahi videtur, hoc Marcellus in *L. qui decem. §. 1. infr. de solu.*

Ad L. *Sciendum.* 30.

Idem *libro XLVII. ad Sabinum.*

Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

SUMMARIA.

1. *Solemne, et rei alicujus solemnia quid.*
2. *Si de re, quæ jure certis solemnibus constat, scriptum sit in instrumento eam intervenisse, omnia solemniter acta intelligi.*
3. *Ratio superioris regulæ in fidejussionis exemplo demonstrata:*
4. *Confessio de debito in instrumento nulla adjecta caussa facta, an confitenti præjudicet.*
5. *Si scriptum sit aliquem a pupillo emisse an tutoris auctoritas intervenisse præsumatur.*
6. *An præcise omnia hoc casu solemniter acta præsumantur, an vero contrarium probandi potestas reo non denegetur.*
7. *An, ut ex instrumento, ita ex dicto testis aliquem fidejussisse affirmantis omnia solemniter acta præsumantur.*

1 Solemne est, non usitatum solum, et solitum fieri, sed quod est in certo et constituto more positum, ut vis verbi declarat. *L. penult. supr. de in int. rest. L. sed etsi per, §. si feriæ, supr. ex quib. caus. mai.* Hinc solemnia alicujus rei dicuntur, quæ desiderantur jure ad rem aliquam conficiendam, et sine quibus, quod geritur, nullum est; cujusmodi sunt, quæ dicuntur solemnia testamentorum. *L. qui testamento, §. penult. et ult. supr. qui tes. fa. pos.* testes, testium numerus, et signa, itemque unus contextus testationis peragendæ: quæ omnia extrinsecus adhiberi jus jubet ad testamentum rite ordinandum; ac sine his nulla scriptura, nulla supremæ voluntatis testatio testamenti vim habet. *§. sed cum paulatim, Inst. de test. ord.* Hujus generis solemne est in fidejussione stipulatio; quoniam nisi hac interposita jure fidejussor non obligatur. *L. blanditus, C. de fidejussor. L. 5. § satisf. supr. eod.* Cum ergo hic dicitur, si quis se scripse-

rit fidejussisse videri omnia solemniter acta bene hoc dici omnes intelligunt, videri eum ita fidejussisse, ut obligaretur, idest, per stipulationem: ut si fidejussor id neget, satis convincatur hoc ipso, quod scriptum sit eum
2 fidejussisse. Non est hoc jus alligandum ad unam hanc speciem fidejussionis, sed generaliter definiendum est, quæcunque res jure certis solemnibus constat, ac sine his nulla est, si de ea scriptum sit in instrumento eam intervenisse, etsi cautum non sit gestam rem esse adhibitis omnibus solemnibus quibus ad eam rem jure opus est, tamen hoc ipsum intelligi, ac videri omnia solemniter acta. Itaque quod de fidejussione hic scriptum est idem alibi traditum legimus de promissione his verbis; si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde haberi, atque si interrogatione præcedente responsum sit; *§. si scriptum, Inst. de inut. stip.* scilicet, quia, ut fidejussio nihil agit ad promissorem obligandum sine stipulatione; sic nec promissio, nisi quam interrogatio præcedit, et sequitur responsio: ut sic efficiatur stipulatio, sine qua jure Civili nemo ex pacto et conventione obligatur. *§. de constituta, Inst. de act. L. divisionis, supr. de pac.* Quo exemplo si in aliquo instrumento scriptum sit aliquem testamentum fecisse, recte dicetur sic
3 hoc accipi debere, quasi rite factum esset. † Sed quæritur in exemplo proposito, quod ad superiora omnia pariter pertineat, cum in instrumento tantum fidejussisse aliquem scriptum sit, solemnium autem nulla facta mentio, unde hæc intervenisse colligamus: cum omnis dicti et scripti hæc vis sit, ut ultra quam dictum aut scriptum est, fidem non faciat? Dici non potest ideo verbo fidejussionis etiam stipulationem intelligi, quia vi et proprietate verbi fidejussio stipulationem significat, eamque contineat. Ut enim testari si verbum tantum sequimur, non significat adhibere septem testes, signa testium, et similia, et tamen sine his non est testamentum: ita fidejubere, si verbi vim et significationem tantum attendimus, non est fidejubere per stipulationem, etsi citra hanc non consistit fidejussio. Idque ita esse usus loquendi declarat. Dicimus enim jubeo aliquem solvere, jubeo valere, eadem forma, et ratione loquendi, qua jubeo aliquid esse mea fide, pro eo quod est, volo, opto, et si fieri potest, etiam jubeo, ut salvus sis, ut valeas, ut res stet mea fide. Ut ergo recte dico Latine, jubeo te salvere, aut valere, etiam si stipulanti non dicam: ita omnino secundum verba recte dico, jubeo aliquid mea fide esse, eum verbis quibuslibet dico etiam citra stipulationem.

Sed et hic locus idem evidenter confirmat: sic enim hoc loco tribuitur fidejussioni solemnitas actionis, ut duas res distinctas esse appareat, fidejussionem, et solemnia fidejussionis. Idem et in promissionis verbo accidit. Cum scriptum est aliquem promisisse, perinde id habetur, inquimus, ac si interrogatus respondisset. Atqui promittere vi verbi non est stipulanti promittere, cum constet referri posse hoc verbum et ad quamdam promissionem. *L. sciendum. §. dictum, supr. de æd. ed.* Quomodo igitur, quave ratione et verbum fidejubendi stipulationem et verbum promittendi interrogationem præcedentem continet? More loquendi hominibus usitato, et recepta Juri Civili interpretatione, qua fit, ut verba cum effectu accipiantur, *L. 1. supr. quod quis. jur. L. pen. §. 1. supr. ne quis eum, qui in jus vo. est.* Si cum effectu, necesse est, quidquid factum esse dicitur, id sic accipiatur, quasi rite, nec vitiose factum sit: nam aliter non valet. Ut ergo condemnatus cum appellatur, is condemnatus accipitur, qui rite condemnatus est, idest, ita, ut condemnatio valeat. *L. 4. §. condemnatum, supr. de re jud.* et satisdare aut cavere is solum dicitur, qui non vitiose cavet, *L. quoties, supr. qui sat. cog.* Sic et promisisse intelligendus est, qui rite promisit: et fidejussisse, qui rite fidejussit, et utiliter: hoc autem non fit, nisi solemnibus adhibitis: inde et hæc ipsa intervenisse intelligimus. Significantur igitur et continentur ista, non proprietate verbi, seu adjuncti necessitate: quoniam promissioni et fidejussioni Jure Civili ita solemnia sunt adjuncta, ut sine his nulla sit promissio, nulla fidejussio: si tamen volumus verba cum effectu accipi, quod faciendum esse diximus. Quod cum ita sit, non in solemnibus tantum hic consistendum est, sed quæcunque ita sunt alicui rei connexa et affecta, ut sine his res esse non possit, ut quidem natura aut jure consistat, in his omnibus probandum est, ut qui rem ipsam dixit, vi ipsa etiam dixisse intelligatur ea, sine quibus res non sit: Argument. *L. 2. supra. de juris.* † Itaque admitto eum, qui in instru- 4
mento confessus est se debere alicui centum, nulla adjecta caussa, ex qua deberet, perinde habendum esse, ac si confessus esset infinite, se ex aliqua caussa debere; quia jure fieri non possit; ut quisquam debeat, nisi præcedat caussa, ex qua debeat. Argum. In *L. illud, supra de acq. her.* Neque ideo tamen huic sententiæ contrarium esse puto, quod dicitur in *L. eum de indebito, in fin. supra, de prob.* neminem ex hujusmodi cau-

tione teneri, sed actorem cogi debitum esse ostendere. Ideo enim hæc cautio confitenti non nocet, nec prodest adversario, quia non est satis actori dicere reum debere ex aliqua caussa, nisi etiam certam dicat, ex qua ille debeat. Quancunque autem caussam actor dixerit, nihil ei ad eam probandam patrocinatur superior cautio. Non enim qui confitetur se debere ex aliqua caussa, ideo fatetur se debere ex ea, quæ intenditur: cum possit ex alia quavis deberi. Nec multum proderit actori ad certæ caussæ confessionem reo exprimendam, si eum ita roget, ex qua igitur caussa debes? Non enim is cogitur respondere; quia adversario adversus se arma subministrare, eique intentionem suam fundare non debet. *L. ult. C. de eden.* non magis, quam cogitur quisquam titulum possessionis suæ dicere. *L. cogi. C. de pet. her.* ✝ Sed etsi ad emptionem cum pu-
5 pillo contrahendam necessaria esset ementi tutoris auctoritas, faterer eum qui scriptus esset emisse a pupillo, videri emisse tutore auctore, nec si id alicubi negaretur, ut vulgo existimatur negari in *L. quæcunque, §. ult. supra de public.* putarem esse superioribus contrarium. Nunc autem ab eo, qui scriptus est a pupillo emisse, exigere, ut probet se emisse tutore auctore. ideo non adversatur his, quæ diximus, non quia tutoris auctoritas sit, ut Accursius loquitur, solemnitas extrinseca, (quid enim refert, quæ sit solemnitas, si sit aliqua solemnitas ad rem rite gerendam pariter necessariam? quanquam nihil videtur alicui rei solemne nisi quod ad eam rem confirmandam adhibetur extrinsecus) sed ideo, inquam, nihil adversatur, quia tutoris auctoritas non est necessaria, ut emptio cum pupillo contrahatur. Quantumvis enim emerit quis ab eo sine tutoris auctoritate, valet tamen emptio non minus, et qui emit, pupillo obligatur, ut traditur in *Instit. de auc. tut. in princ.* At pupillus non obligatur, dixerit aliquis, ut eodem loco scriptum est. Ita est; sed hoc significat pupillum non vendidisse, non autem adversarium non emisse. De eo autem, qui emit, loquimur, de quo agitur in *d. L. quæcunque, §. ult.* Quod si in instrumento scriptum esset pupillum vendidisse, propius est, ut putem his verbis significari eum utiliter vendidisse: ex eo etiam colligi tutorem intervenisse. Certe si nobis consentanea dicere volumus, et hoc etiam admittendum est: nam alioqui nulla esset venditio. *L. in caussæ, 2. supra, de minor. L. 3. C. de int. rest. mi.* Nec vero potest quisquam, nisi abusive dici vendidisse, cujus venditio effectum non habet, vel potius nulla est. *L. 2. §. 1. supra quem. test. ap. dict. L. 1. in fin. supra, quod quis. jur.* Ex his constare potest, quam late pateat, quamque recte definiatur, quod dicitur, cum scriptum est aliquem fidejussisse, videri omnia solemniter acta. Sed hac sententia constituta, hic etiam ex verbis duo quæsita sunt. ✝ Primum hoc, *videri*, quo 6
modo accipiendum sit, utrum præcise *videri*, idest, ita, ut quamvis se dicat fidejussor paratum probare solemnia seu stipulationem defuisse, tamen non audiatur: an vero ita, ut videantur quidem acta omnia solemniter, sed videantur in re dubia, et quamdiu nihil probetur contra; cæterum contrarium probandi potestas reo non denegetur. Non abs re est, quod de hac re dubitatur. Nam etsi de vi instrumenti jus receptum est, tandiu ei standum, quod falsum esse probetur, hanc autem probationem admitti; *L. cum precibus. C. de prob.* tamen hoc ad confessionem, quæ instrumento continetur non pertinet, si fateatur reus a se, aut suo mandato scriptam, et eam nunc infirmare conetur. Exstant enim constitutiones et responsa, quæ jubent unumquemque stare confessioni suæ, nec quemquam ferunt quantumvis paratum contrarium docere, nisi hoc ipsum contrariis instrumentis, aut aliis scriptis, iisque evidentissimis præstet. *L. generaliter, C. de non num. pec. L. pen. C. de cont. stipu. L. cum de indebito, in fin. supra, de prob.* Hoc igitur jus quidam hoc loco urgent, putantque ad hanc speciem pertinere, in qua reus scribendo se fidejussisse, simul etiam videtur confessus esse de solemnibus. Sed verius est, quod et receptum est vulgo, eum qui scriptus est fidejussisse, sic sine alia probatione existimari fidejussisse solemniter, ut tamen si reus paratus sit ostendere rem aliter gestam esse, veritati locus supersit. Ad quod probandum nihil videtur fieri posse convenientius eo loco, quo ad eam rem omnes utuntur, nempe *L. jurisgentium, §. quod fere. supr. de pac.* Nam quod est fidejussioni utili stipulatio, hoc et promissioni, sed sponsioni non inutili est interrogatio præcedens cum animo stipulationis contrahendæ conjuncta. Ut fidejussio sine stipulatione non valet; sic nec promissio aut sponsio, nisi quam interrogatio stipulandi animo præcedit. Sic enim, ut initio dixi, efficitur stipulatio, sine qua Jure Civili ex pacto nihil debetur. *d. L. divisionis, sup. de pac.* Unde et illud factum esse diximus, ut quemadmodum qui scripsit se fidejussisse, intelligitur etiam hoc dicere se fidejussisse stipulatione interposita: ita et qui se promisisse scripsit, existimetur fateri

se interroganti, et stipulanti promisisse. *d. §. si scriptum. Inst. de inut. stip.* Quorsum hæc? ut intelligatur in pari confessione stipulationis et interrogationis, si reus admittatur ad probandum unam ex his defuisse, idem jus etiam admitti debere in altera. At in dicto §. *quod fere*, placet enim, quem scriptum est spopondisse (quo verbo non minus, imo multo magis significatur promissio stipulanti facta, quam promissionis verbo. *L. sponsio. 7. infr. de ver. sig.*) hunc, inquam, audiendum esse probantem non stipulandi animo præcessisse interrogationem; sed tantum paciscendi, ut sic promissio ad agendum fiat inutilis. Ergo et is, quem fidejussisse scriptum est, qui tacite confessus erat de stipulatione, sine qua nulla erat fidejussio, pariter audiendus est, si probare velit fidejussioni stipulationem defuisse. At verbo fidejussionis continetur stipulatio, alioqui dicent. Respondebo et verbo promissionis, seu sponsionis contineri interrogationem præcedentem stipulandi animo factam: neque eo minus licet interrogationem, aut stipulandi animum negare, dum probetur non intervenisse. Res sic habet: et fidejussionis verbo intelligitur stipulatio, et promissionis verbo interrogatio præcedens; sed juris potestate et interpretatione, dum placet neque illam sine stipulatione, neque hanc sine interrogatione valere. At vi verbi, ut docui, neutrum altero continetur, ac nec semper loquentis sententia: qui ut potest dicere se promisisse, quod intelligit se promisisse pacto et nuda pollicitatione: *d. L. sciendum. §. dictum. supra de æd. ed.* ita nihil vetat, quominus fidejussionem appellet, ubi jubet sua fide esse, quod promissum est, sed sine stipulatione, puta per nuncium, aut per epistolam. Non moveor iis constitutionibus, quæ reum quod scripto confessus erat, negantem audiri vetant: hæ enim, quod ex verbis constat, tunc locum habent, cum quis quod aperte factum confessus erat, id falsum esse dicit, et ut sibi probare liceat, petit: ut cum promissor qui specialiter caussam edixerat, ex qua deberet, ex ea nunc se debere negat: quæ species est *L. generaliter, C. de non num. pec. et L. cum de indebito, in fin. supra. de prob.* aut, cum volente reo scriptum esset servum aliquem adhibitum fuisse; huic præsenti et stipulanti reum promisisse, id tamen reus factum neget: quæ sunt in *dict. L. pen. C. de cont. stip.* Diversum est, si quid promissor non aperte dixit, sed tantum dixisse existimantur, interpretatione voluntatis propter earum rerum, quarum una exprimitur, altera non exprimitur, affectionem inter se, et quasi conjunctionem. In his licet reo dicere se de his non sensisse, quæ expressa non sunt, dummodo id probet: quia ista modo confessionem de his suam non infirmet, qui se de illis sensisse, eaque et confessum esse neget. Hæc defensio admittitur in eo, qui fatetur se promisisse, seu spopondisse, sed neget se sensisse de stipulatione. Admittatur igitur et in eo, qui se fidejussisse scripsit, sed negat se hoc verbo fidejussionem intellexisse, cui esset adhibita stipulatio. ✝ 7
Jam quoniam definitio concepta est de eo promissore, de quo in instrumento scriptum est ipsum fidejussisse aut promisisse, sive ipse scripserit, sive alius ejus mandatu; quæsitum est, an idem existimari debeat de solemnibus si non reus id scripserit; sed testis dixerit interrogatus. Et inter affirmationem rei, ejusque obligationem, et dictum testis multum interest. In chirographo et instrumento, omnique cautione, quæ pro credituro adversus reum, scripta est, ita promissionis et cautionis verba accipiuntur, uti jure valent, et vulgo solent significare, quo res sit in tuto, *L. quoties in stipulationibus L. quidquid, infr. eod.* nempe quia id agitur eo scripto, ut creditori caveatur, ut quamvis imperitum reum demus, tamen existimari debeat prius admonitum de verbo id scripsisse, quod verbum ex jure significat, pro commodo et cautione creditoris. Non eadem est ratio testium: non enim illi in testimonio ita loquuntur, ut uni ex litigatoribus consulant; sed nec ut consulant, obligantur. Idcirco de eorum verbis ex ipsorum captu et intelligentia judicandum est. Quanquam adversus omnem hanc quæstionem facile boni Judicis prudentia providebit. Nam si dubitatur in judicio de solemnibus, est officium boni Judicis interrogare nominatim testem, non solum an reus fidejusserit, sed etiam an stipulanti promiserit: de quo si respondet testis, nihil ambigui in ejus testimonio relinquitur. Sed si forte prætermissum erit, et testes simpliciter interrogati, an quis fidejusserit, dixerint fidejussisse; de ipsorum verbis, ut dixi, ex eorum conditione statuendum est. Si hominem juris et consuetudinis loquendi non ignarum interrogatum proponas, non video, cur ex ejus verbis minus intelligamus omnia solemniter acta, quam si aut contrahentes aut contrahentium nomine tabularius scripsisset. Quod si proponas testem imperitum juris, ut rusticum, et hominem in rebus forensibus non versatum, qui dixerit se interfuisse, cum reus fidejuberet, non recte, opinor, ex ejus responso colligetur ita fidejussisse reum, ut stipulatio interveniret. Nam

quomodo homini imperito de verbi significatione fides haberetur, eum de eo dixerit, quod quale esset, non intelligebat? hoc casu puto recte dici, quod Joannes in universum respondit, teste aliquem fidejussisse affirmante, non eodem modo ex hoc testimonio colligendum esse omnia solemniter acta, quasi et de eo reus senserit, quo modo id factum colligimus, eum idem in instrumento aut reus de se scripsit, aut ejus voluntate alius.

Ad L. *Si rem meam.* 31.

Pomponius *libro XXIV. ad Sabinum.*

Si rem meam sub conditione stipuler: utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit.

SUMMARIA.

1. *Rei nostræ stipulatio cur inutilis.*
2. *Quæ res quomodo in stipulationem recte deducantur.*
3. *Stipulatio de pretio rei nostræ et de re nostra nobis restituenda utiliter interponitur.*
4. *Rem suam furtivam tanquam furtivam a fure dominus recte stipulator, et cur.*
5. *Stipulatio rei nostræ sub conditione, qua existente res nostra futura non est, valet.*
6. *Explicatur regula Catoniana.*
7. *In stipulatione conditionali non eadem est rerum commerciis hominum exemptarum, quæ rei nostræ, ratio.*
8. *In conditionali stipulatione quatenus præsens tempus spectetur, quatenus vero in eventum obligatio differatur.*

Quando de stipulatione rei nostræ multa sparsim sub hoc titulo tradita sunt, ac de ea hic locus primum occurrit; partim ne divellantur, quæ in una cognitione posita sunt, partim etiam quia hic regulæ exceptio est, quæ nisi regula cognita facile intelligi non potest, de tota ea stipulatione, quod ejus proprium sit, semel hoc loco dicendum videtur.
1 † Quæ res dari non possunt, constat in stipulatum deduci non posse. *L. si stipulor* 35. *infr. eod.* hinc pendet quod de stipulatione rei nostræ traditur. Est enim ex earum rerum genere res nostra: eum dari id intelligatur, quod ita datur, ut nostrum fiat quod autem nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. *§. sic itaque, Instit. de act.* Ita rem nostram necesse est ad superiorem regulam referri. Inde dictum, neminem rem suam stipulari posse. *L. nemo,* 82. *infr. eod.* Nihil nunc dicimus, quid hoc valeat, si forte postea, quam stipulati sumus, res nostra esse desinat: de quo dicemus postea ad *L. inter, §. sacram, infr. eod.* quia hic nihil proprium est rei nostræ, sed res ad omnia ea, quæ dari non possunt, ex æquo pertinet. Tantum quod est proprium hujus speciei, hoc quærimus, an saltem ab initio velimus stipulationem rei nostræ esse inutilem, quod superiore definitione comprehensum est. Quid ea contineat, videamus: quod ita fiet, si quid illa deneget, aut concedat, cognoscemus. Vetat nos stipulari rem nostram: proinde quominus alienam stipulemur, non est impedimento.
† Rem privati juris, quæ aliena sit, cujus 2
etiam commercium habeamus (hoc enim addendum ex *L. multum,* 34. *infr. eod.*) et pure, et sub conditione qualibet recte stipulamur contraria de caussa, quia est hic, quod nobis dari possit: ita tamen dum ne alienam stipulemur in eum casum, quo nostra erit: quo modo placet nos inutiliter stipulari, *L. nemo,* 87. *infr. eod.* Recte: fit enim hoc modo, ut nihil stipulemur, nisi rem nostram; quod vetat. Nam ante conditionis eventum nihil stipulamur, cum ante nihil velimus nobis dari, eoque nec deberi: unde prius quam conditio exstiterit, dicitur nec venisse, nec cessisse dies obligationis. *L. cedere, infra. de verb. signifi.* post autem id solum stipulamur, quod nostrum sit. Huc pertinet, quod vulgo recte dicitur, nihil interesse, utrum quid fieri non possit in præsentia, an ejus conditio conferatur in id tempus, quo fieri non potest, sumptum ex *L. 4. C. de don. ant. nup.* Jam non omnis de re nostra stipulatio superiore

regula improbatur, sed ea, per quam rem nostram stipulamur, idest, nobis dari stipulamur: hoc enim significatur, cum dicimus aliquem stipulatum esse hominem, fundum, domum, et denique rem quamlibet, quæ dari potest, ut passim hoc verbum occurret sub hoc titulo, maxime autem indicat *L. scire,*
2 *§. ult. supr.* † Proinde extra controversiam est et pretium rei nostræ nos stipulari utiliter, et rem ipsam nostram nobis restitui. *d. L. nemo, 82. infra eod.* Nihil enim horum est, quod etsi per occasionem rei nostræ præstetur, non tamen sit alterius, et quod nobis omni jure præstari non possit. Restat igitur, ut sola sit ex supra scripta definitione stipulatio inutilis quæ et est de re nostra, et ejusmodi, per quam eam rem nobis dari stipulamur. Sed habet hæc quoque sententia duas cautiones. Nam neque ad omnes res nostras, neque ad omnes stipulationes rei nostræ pertinet. † In rebus excipimus furtivam:
4 quam dominus recte stipulatur a fure, si tanquam furtivam stipuletur, de quo dictum est in *L. scire, §. ult., supra.* Exceptio ducta ex ratione regulæ: cur enim rem nostram stipulari non possumus? quia dari non potest. Hinc fit, ut si qua jure ita habeatur, quasi dari possit, ea quoque recte in stipulatum, deducatur, cessante videlicet juris ratione: Argumen. *L. quod dictum, supra. de pac.* talis autem est res furtiva, si quis modo ut furtivam stipuletur. In cæteris rebus nostris, aut in hac ipsa furtiva, quam tamen non stipulemur ut furtivam, siquidem rem stipulemur pure, constat stipulationem sine exceptione nullius esse momenti. Idem juris est, etsi stipulemur sub conditione, ac conditionis exsistentis tempore etiam res nostra sit: quorum utrumque satis hoc loco confirmatur. Et certe utroque modo efficitur, ut vere videamur rem nostram stipulari, cum utrobique conferatur stipulatio in id tempus, quo res nostra sit: ut sic vere utraque stipulatio ad regulam suprascriptam pertineat. † Quod si utrumque concurrat,
5 ut et sub conditione rem meam stipuler, et conditionis existentis tempore mea non sit, id juris est, quod hic traditur, utilem nimirum esse stipulationem. Idem in *L. existimo, 98. infra, eod. et L. existimo, supra de contr. empt.* scilicet ut quæ stipulatio in casum confertur, in ea non præsens tempus, sed id quo casus ille existit, et ex quo stipulatio vires capit, spectetur. Quod si fit, rem alienam utique stipulari videor, non meam: tum enim cum conditio existet, res aliena futura est. Sed hæc sententia neque caruit olim sua dubitatione, ut apparet ex *d. L. existimo, infr.* neque nunc caret. Sunt autem hæc fere, quæ videntur huic sententiæ adversari. Primum obstat regula Catoniana, quæ de legatis primum prodita, *L. 1. supra. de reg. Cat.* post ad stipulationes etiam translata est, ut constat ex *L. cætera, §. 1. supr. de leg. 1.* et generaliter ita definit, quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. *L. quod initio, infr.*
de regulis jur. † Sed hanc veteres sic acceperunt, ut ad conditionalia non pertineret, idest, neque ad conditionalia legata, neque ad stipulationes conditionales. 6
d. L. cætera, §. 1. de leg. 1. L. pen. supr. de reg. Cat. quo significatur regulam Catonianam scriptam esse de iis, quæ pure legantur aut permittuntur, non de his, quæ sub conditione. Sed opponebantur veteribus verba regulæ, quam sine distinctione generaliter ita scriptam esse constat, quod initio vitiosum est, vel, quod ab initio non valuit, ut indicant *d. L. 1. de reg. Cat. et L. quod initio, de reg. jur.* Hoc ita expedit Celsus in *d. L. 1. de reg. Cat.* ostendit hæc verba quamvis generaliter scripta, tamen ad conditionalia non pertinere. Conditionalis enim stipulatio de re, quæ nostra est danda, non tam ab initio vitiosa est, aut inutilis, quibus verbis regula utitur, quam nulla. Id intelligi vult in illis verbis, *nam hoc modo* Non minus hoc vere, quam subtiliter. Jam enim dixi in his, quæ sub conditione legantur aut promittuntur, nullam constitui obligationem, nisi tunc primum, cum conditio exstiterit. *L. cedere, infr. de verbor. significat.* Obstat præterea exemplum cæterarum rerum, quæ dari non possunt ut sacrarum, religiosarum, publicarum, liberi hominis, et in summa earum omnium, quæ non sunt in hominum commerciis: de quibus ita jus est, ut quemadmodum eas pure inutiliter stipulamur, ita et stipulemur inutiliter sub conditione.
L. inter, §. sacrum. infra, eod. † Et aliam 7
caussam esse visum est superiorum rerum, aliam rei nostræ; et merito. Ut enim Paulus scribit in dicto §. *sacram*, quæ res non sunt in commerciis hominum, hæ natura sua præstari non possunt: res nostra contra natura sua præstari, darive potest, si non nobis, at certe aliis. Sed quod præcipue ad hanc rem facit, in prioribus, quod impedimentum stipulationi obstat, id est perpetuum: quippe res sacra, et similes in stipulatum deduci, nisi statum mutent, non possunt: hanc mutationem expectare turpe et ominosum habetur, quia non potest ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod declaratur in dicto §. *sacram* sub persona liberi hominis

sub conditione promissi. Nihil simile in re nostra: hæc ita nostra est, ut non possit nostra esse desinere; atque eam mutationem non solum expectare, sed etiam accersere et provocare sine ulla turpitudine possumus. Est etiam tertium, quod non parum videtur pugnare cum superiore exceptione. Cum enim dicimus posse nos stipulari rem nostram sub conditione, hoc dicimus in hac stipulatione præsens tempus spectandum non esse, sed id quo conditio existit, ut ex eo stipulatio statum capiat. Hic ergo opponuntur illi loci, in quibus traditur in conditionali stipulatione, cum aut de persona stipulantis agitur, aut de persona ejus, cui stipulatio acquiritur, præsens tempus spectandum esse. Ut puta, qui stipulari non potest propter conditionem personæ, qua impeditur, ut pure stipulatur inutiliter, ita et sub conditione, quamvis conditionis existentis tempore persona capax sit stipulationis. *L. ususfructus, infra, de stipulation. servor.* Item si filiusfamil. stipulatus si sub conditione, placet stipulationem statim patri acquiri, quamvis cum existit conditio, filius sit emancipatus. *L. si filiusfamil. in prin. infra eod.* ubi hæc etiam generalis ratio additur, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.
8 † Et dicuntur recte hæc omnia, cum de persona stipulantis, aut ejus, cui inde acquiritur, agitur: sed ad res, quæ in stipulatum deducuntur, non pertinent. Differentiæ ratio attendenti non erit obscura. Cum de persona stipulantis quæritur, palam est hanc stipulando differri non posse. Semper enim in stipulatione conficienda oportet esse eum, qui stipuletur, et quidem stipulandi capacem, sive stipuletur pure, sive sub conditione. Eadem ratio est, et cum de stipulatione patri acquirenda agitur. Nam et hic acquisito differri non potest, pendet enim ex voce filii; cum ideo patri acquiratur stipulatio, quia vox filii creditur esse vox patris. §. *et vero, Inst. de inut. stip.* Jam vero versatur ea vox filii in ipsa stipulatione: ut non magis ea differri possit, quam stipulatio. Quo fit, ut quasi per filium pater locutus esset, ita per eum patri ea stipulatio statim acquiratur. Diversa caussa est ejus rei, quæ in stipulatum deducitur: hujus præstatio et obligatio ipsa in eventum differri potest, atque adeo differtur, quoties id ipsum agitur, ut differatur, id est, cum relinquitur quid, aut promittitur sub conditione. Nam ante ejus conditionis eventum neque peti potest, neque etiam debetur quidquam. *d. L. cedere, infra, de ver. sig.* Quod si in id tempus obligatio differtur, omnino necesse est in obligatione constituenda, quo primum tempore constituitur, id tempus quoque primum spectari. Ac breviter ita definiemus: quæ res natura sua in aliud tempus differri necesse est, et in ea necesse est præsens tempus a nobis spectari, quamvis stipulatio sub conditione concipiatur; ut accidit, cum agitur de persona stipulantis, et de stipulatione acquirenda. Quod si res potest differri, et consensu dilata est iniecta conditione: nempe eum eventum ex conditione expectabimus: quia et potest expectari, et id actum est, ut expectaretur, et ante nihil videtur relictum promissum esse.

Ad L. *Si nomine.* 32.

Ulpianus *libro XLVII. ad Sabinum.*

Si in nomine servi quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset: placet stipulationem valere.

SUMMARIUM.

1. *Cur si de re conveniat, error in nomine pactioni, stipulationi, ullive alii actioni, quæ consensum desiderat, non obstet.*

Si ant io pactione pacisceremor de nomine, aut in stipulatione nomen rei stipolaremur, non rem; sine dubio qui in nomine errarent, inter eos nulla intercederet neque paetiu, neque stipolatio. Constant enim res hæ conseosu. *L.* 1. §. 1. *supra, de pac.* cui nihil magis contrarium est, qnam error et ignorantia ejus rei, de qua agitur. *L.* 2. *supra, de jud.*
1 † Nonc autem et in pactione de rebus paciscimor, et in stipolatione rem stipulamor, ooo rei nomen. Quo fit, ut si de re conveniat, nihil desit paetioni aut stipulationi ad consensum, etiam si in cæteris omnibus, quæ pactionis aot stipulationis verbis cootinentur, paciscentes dissentiant. Quominos autem de re, de qoa agitur, conveniat inter aliquos, etiam si errent in nomioe, in eoqoe dissentiant, nihil vetat. Quapropter dum de re aliter constet, nunquam error in nomine pactioni, aut stipulationi, ullive alii actioni, quæ consensom, aut voluntatem desideret, obstabit. Ao dicemus sine nomioe rem iotelligi non posse? Non ita est: nomioa quidem significandarum rerum gratia inventa sunt: sed qoam multæ sunt aliæ demoostrationes, quibus res oon paulo rectius demonstrari possit, quam si oomioarentur? Nam et nomine vero appellato fieri potest, ut res non intelligatur ab eo, cui nominator: at si digito corpos demonstretur, aot designetur res certo ioco, aut artificium homiois, vel alia qualitas certa ostendatur, valent hæc omnia ad rem cogooscendam multo certius et efficacios, quam ullum nomeo. Iocurrunt enim ista in oculos, qui sensus non fallit: eum nominis cognitio iotelligentia constet, et ut res, sic nomen rei possit ignorari. Nisi vero cum fatebimur res aliis modis multis posse demonstrari, tameo dicamos, eum de re præstanda agetor, nomen rei exprimi debere: quod multo mious verum est. Recte enim apud Justinianum ita scriptum est, cum nomioa significaodarom rerum gratia reperta sint, nihil ioteresse, quo alio modo res intelligator. §. *si quis in nomine, Inst. de lega.*

Ad L. *Si Stichus.* 33.

Pomponius *libro XXV. ad Sabinum.*

Si Stichus certo die dari promissus, ante diem moriatur: non tenetur promissor.

Pertinet species hujus loci ad definitionem de mora traditam in *L. si ex legati, supra,* ubi cum reliqua ejos defioitionis explicatione hujus quoque loci ratio exposita est.

Ad L. *Multum*. 34.

Ulpianus *lib. XLVIII. ad Sabinum.*

Multum interest utrum ego stipuler rem cujus commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat cujus non commercium habet: ipsi nocere, non mihi.

S U M M A R I A.

1. *Enumerantur aliquot res, quæ licet natura sua sint in hominum commerciis, aliquibus tamen personis interdicuntur.*
2. *Inutiliter rem stipulatur, qui ram stipulatur, cujus ipse commercium non hobet.*
3. *An non saltem æstimatio rei in stipulatum deducta hoc casu stipulanti debeatur.*
4. *An diversum in legato aut fideicommisso. et. n. 7.*
5. *Qui rem, cujus commercium non habet, promittit, obligatur, et cur secus in promissore, ac stipulatore.*
6. *Exceptio regulæ: Impossibilium nulla obligatio.*
8. *Contrariæ leges conciliatæ.*
9. *Explicatur* L. Sed si res aliena, de leg. 1. *ejusque lectio vulgata defenditur.*

Quarum rerum commercium nullum est,
eas inutiliter stipulari nos constat: quales
sunt sacræ, religiosæ, publicæ, liber homo.
L. inter, §. sacram. infr. eod. An idem dice-
mus, si conditione ipsa res sit in hominum
commerciis, et privati juris, sed alterutri ex
contrahentibus commercium ejus sit interdi-
ctum? Nam hujus quoque generis res quæ-
1 dam et fuerunt olim et etiam nunc sunt. †
Talia olim prædia Italica peregrinis teste
Ulpiano in *fragmentis, Tit. de domi. et acq.
rer.* tale hodie Judæo, pagano, hæretico Chri-
stianum mancipium ex constitutionibus. *C.
ne Christ. man.* Eos, qui officii caussa in
provincia agunt, vel militant, legimus præ-
dia in eadem provincia comparare non posse.
L. qui officii, supr. de cont. empt. Et hactenus
quidem commercium his interdictum est, si
comparent, idest, emant, et ex ea etiam
caussa stipulentur. Sed non progreditur com-
mercii interdictio longius. Non possunt præ-
dia ibi emere; at possunt ea, quæ ante
habuerunt, retinere: possunt ex legati, ex
donationis caussa accipere, et ex his caussis
recte stipulari. Sed de his alias: quod nunc
constat, id sumamus. Proponamus ergo Ju-
dæum hominem mancipium Christianum
aut stipulari, aut promittere. An ut si res in
totum non esset in hominum commerciis
stipulationem inutilem esse constaret: ita
quia mancipium in proposito non est in
commercio alterutrius ex contrahentibus, iti-
dem stipulatio est inutilis? Ulpianus hoc
loco interesse ait, utrum is cui mancipii
commercium non est, id stipuletur, an pro-
mittat: ut si stipuletur, nihil agat; si pro-
mittat, obligetur. † Ergo cum de stipulatore 2
agitur, generaliter probandum est enm inu-
tiliter rem stipulari, qui eam stipuletur, cujus
ipse commercium non habet: sive ideo non
habeat, quia res conditione sua non sit ne-
que in hujus, neque in aliorum commer-
ciis: sive quia dum res aliorum ets, et pri-
vata tamen stipulanti privatim interdictum
sit commercium. Merito: quocunque enim
modo ei interdictum proponamus, semper eo
modo fit, ut ei res dari non possit. Definitur
quidem commercium non acquirendi, sed
emendi vendendique jus, eodem Ulpiano au-
ctore in *fragmentis Inst. tit. de domi.* Sed
ut emptionis verbo veteres omnem alienatio-
nem comprehendebant: *L. statuliberi.* 29.
circa fin. supr. de statulib. quia vix ulla esset
translatio rerum sine mancipatione, nec ulla
mancipatio sine imaginaria venditione, quæ
fieret per æs et libram: ita emptionis jure
adempto omnis per mancipationem, et quam-
vis aliam alienationem acquisitio prohiberi
intelligitur. Jam vero ut quis rem stipulari
non possit ob id, quod res dari non potest,
satis est si ei solum non possit dari, qui sti-
pulatur. Argumento est res nostra, quæ et

privata est, et dari a nobis potest omnibus aliis: sed quia nobis non potest, ideo eam frustra stipulamur, ut dixi ad *L. si rem
3 meam, supr.* † Quid æstimatio rei in stipulatum deductæ, an non saltem stipulanti debebitur? hæc enim illi dari potest. Jam aliquoties dixi, et sæpius dicendum est, cum res in stipulationem deducta est, quæ deduci non potest, ejus nec æstimationem deberi. Non enim satis est aliquid stipulanti dari posse, nisi et ipsum promissum sit. *L. quidquid infr. eod.* Non promittitur autem Judæo æstimatio Christiani mancipii, sed mancipium, quod et ipse est stipulatus: quare aut
4 ipsum deberi oportet, aut nihil. † Hoc loco occurritur exemplo ejusdem rei legatæ, aut per fideicommissum relictæ. Finge Christianum mancipium relictum Judæo per fideicommissum; videtur scriptum esse in *L. sed si res, 40. supr. de leg. 1.* in hac specie æstimationem deberi. Proponitur enim res relinqui ei, cui jus possidendi non est, et hoc amplius cujus commercium legatarius non habet; in ea specie respondetur deberi æstimationem. Et ne quis causetur alium auctorem esse, qui ab Ulpiano forte, aut a quo Ulpianus in hac re dissenserit, ipse idem Ulpianus est auctor illius responsi, qui et hoc loco: ut videri possit hoc exemplo idem et in stipulatione eodem auctore admittendum. Sed ne quis superioris loci objectione adversus stipulationem moveatur, duo sunt, quæ hic respondemus: quorum de altero potest dubitari, de altero certe non potest. Primum nihil hic dissimile esse in legato aut fideicommisso; sed ea re, cujus commercium legatarius non habet, ei vel legata, vel per fideicommissum relicta, neque rem, neque æstimationem magis deberi, quam si esset promissa: neque id infirmari. *L. sed si res, de leg. 1.* de cujus sententia quid mihi videatur, dicam paulo post, nam de ea parum liquet. Tum autem etsi concederemus in istius generis fideicommisso æstimationem fideicommissario deberi: tamen hoc dubium esse non posse, quin exemplum non recte ad stipulationem transferatur. Ideo enim in fideicommisso æstimationem deberi placeret, quia crederetur testator voluisse, ut in testamentis liberalissime voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis, infr. de reg. jur.* et cum voluisset, constaret ejus solam voluntatem hac in re, ut in cæteris esse servandam. In stipulatione autem, omnique contractu nemo creditur plus velle debere, quam se velle declaravit: quia non facile existimatur quisquam jactare suum. *L. cum de indebito, supr. de prob.* Quinetiam, quod stipulationis verbis de re certa cautum est, argumentum est promissorem nihil aliud debere velle. Ac demus etiam eum velle; tamen ne sic quidem debebitur, nisi stipulationis verbis nominatim fuerit comprehensum. *L. quidquid, infr. eod.* In proposito res promissa est, non rei æstimatio, non potest igitur ex ea stipulatione æstimatio deberi; sive quod promissor eam debere noluit; sive quod sine verbis debere non potuit. Hæc de stipulatore dicta sunt. † De promis- 5
sore, qui rei commercium non habeat, videamus. Finge Judæum stipulanti Christiano mancipium Christianum promisisse. Magna vero caussa esse videbatur, cur et hic quoque pariter inutilem esse stipulationem diceremus. Qui rem, cujus commercium non habet, stipulatur, ideo stipulatur inutiliter, quia res promissa ei dari non potest. Quid ni dicamus et eum, qui rem cujus commercium non habet, promittit, ideo non obligari, quia id promittit, quod dare, si velit, non potest? Hæc vero idonea caussa est, dixerit aliquis, cur non obligetur: generaliter enim probandum est, impossibilium nullam esse obligationem *L. impossibilium, infr. de reg. jur.* Et ideo non recte hæc species comparabitur stipulationi rei nostræ. Rem suam stipulari nemo potest: hanc tamen quivis recte alii promittit. Non mirum: quippe ei dari non potest: at potest eam dare aliis; quia habet, et jure habet: imo vero præter eum, qui dominus est, nulli jus est ejus transferendæ. Longe in diversa caussa est is promissor, cui rei promissæ commercium non est; eam enim dare non potest, qui neque eam habet, neque adeo jure potest habere. Æstimationem debebit, dices. Jam dixi eum, qui rem solum promisit, æstimationem, quam non promisit, debere non posse. Sed placuit, quod supra dixi, et hic traditur, stipulationem valere, cum is promittit, qui rei promissæ commercium non habet: et cum his verbis utitur Ulpianus, *ipsi nocere, non mihi*; tacite hujus sententiæ hanc rationem esse significat, quod ea interdictio commercii, quæ in promissorem constituta est, ipsi nocere debeat, non stipulatori. In quo inest sine dubio occupatio superioris objectionis. Perinde enim hoc est, quasi diceremus, promissorem quidem, cui commercium rei interdictum est, eam rem dare non posse, sed non eo minus eum obligari; quia quod dare non possit, seu quod prohibeatur rem comparare, propter delictum ejus fiat; et pœnæ caussa, quorum utrumque ei nocere, non stipulatori debeat. Idque certa ratione æquitatis, et manifesta sententia legis pœnam constituentis efficitur.

Primum hoc æquissimum, nec minus aperte ex mente et sententia legis, hanc pœnam ei nocere, non prodesse. Nam nisi hoc fit, non pœna hic constituta erit, sed præmium. Neque vero ut noceat, aliter consequi possumus, quam si stipulatio valeat, et ex ea promissor obligetur. Sed et illud de omni pœna delicti pro his, qui nihil deliquerunt, æquissime constitutum est, et ad sententiam omnium legum, quæ pœnam statuunt, pertinet, ut peccata suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur pœna, quam fuerit delictum. *L. sancimus, Cod. de pœ.* Quod igitur pœnæ caussa adversus promissorem constitutum est, ut nihil dicatur de promissore, certe stipulatori nocere non debet. Id vero ita fit, si stipulatio stipulanti non sit inutilis, eoque et promissorem teneat: proinde et
6 eum tenebit. † Ex quo apparet, quod dicitur impossibilium, seu in his rebus, quæ dari non possunt, nullam esse obligationem, sic accipiendum esse: nisi culpa aut vitio promissoris, vel pœna ob istas res constituta fiat, quominus quod is promisit, dari possit. Sic enim evenit, ut quoniam ei delictum suum, aut pœna adversus eum constituta nocere debet, non prodesse; ideo sic obligetur, ut saltem æstimationem rei promissæ præstare debeat. Liceret etiam brevius, nec minus fortasse tuto et vere dicere, non esse hic præstationem rei promissæ promissori impossibilem, etsi rem promittat, cujus commercium non habet. Non enim prohibetur eam parare, si ita comparet, non ut sibi habeat, sed præstet alii, cui ejus rei habendæ jus fuit. Quod quis ita capit, non ut apud cum maneat, sed ut restituat alteri, capere non videtur. *L. aliud est capere. infr. de verb. sig.* Ideo si ei, qui ex testamento non capiebat, quid legetur ita, ut alteri restituat, placet eum capere posse, eoque modo valere legatum, quasi nec capere videatur. *L. cum ei, 42. supr. de leg.* 2. Quapropter si promissor rem promissam emere potest, hanc emat, et statim præstet stipulatori: nec pœnam legis metuat, quasi eam rem habuerit, cujus commercium erat ei interdictum. Si non vult emere, aut non reperit, qui ipsi vendat: caussam dicere non potest, quin æstimationem debeat ejus rei, quam ipsum recte promisisse, et natura omnique jure præstare potuisse nec præstitisse constitit. Constituta est igitur, ut mihi videtur dilucide utraque pars distinctionis hoc loco traditæ de his rebus, quarum commercium alteruter ex contrahentibus non habeat. † Sed ne quis forte in ea hæsitet, motus exemplo rei hujusmodi legatæ aut fideicommissæ, quasi in eo genere diversum aliquid statuatur, non erit alienum hoc loco monere; ne in legato quidem aut fideicommisso aliam distinctionem servari. Ea de legato expressa est in *L. mortuo, §. Labeo, supr. de leg.* 2. in hæc verba: *ager, cujus commercium quis non habet, legari ei non potest: sed si quis heredem suum eum fundum, cujus commercium is heres non habeat, dare jusserit ei, qui ejus commercium habeat, placet heredem obligatum esse vel in rem ipsam, si hæc in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in ejus æstimationem.* Ac posterior pars hujus distinctionis ne verbis quidem in speciem usquam mutatur, sed a quocunque res relinquatur, dum relinquatur ei, qui ejus commercium habet, valet legatum. De priore non perinde liquet propter varios locos, quibus declaratur, si quid relictum sit ei, qui id habere, possidere non potest, saltem æstimationem ab herede deberi. Atque hi tres sunt: *L. filiusfam.* 114. *§. si quid alicui, supr. de leg.* 1. *L. fideicommissa. §. si servo, supr. de leg.* 3. *L. sed si res,* 40 *supr. de leg.* 1. † Ego autem 8
animadvertendum puto, in omnibus agi de eo sive legatario, sive fideicommissario, qui rei legatæ commercium habeat, etsi forte ob alias caussas eam rem habere non possit, quod verba cujusque loci declarabunt. Ac facilior duorum priorum explicatio est. In *L. filiusfam. §. si quid alicui,* diserte res proponitur his verbis; *si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem caussam habere non potuit, alius tamen habere potuit;* ex quo deinde attexuntur hæc verba jus continentia, *quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiet.* De eo quod licite relinquitur, loquitur Marcianus: non relinquitur cuiquam licite id, cujus commercium ei, cui relinquitur, leges interdicunt: eum enim eum vetant comparare et accipere, simul etiam in eum conferri vetant. In *L.* 11. *§. si servo, de leg.* 3. de militia agitur servo relicta. Hujus quidem capax servus non est. Addo etiam non tantum hujus rei commercium, sed etiam totius Juris Civilis communionem servis hominibus ademptam esse. *L. qui testamento, §. servus, supr. qui test. fac. pos.* Sed intelligendum est testamenti factionem eum servis ex persona dominorum esse introductam, ut si domino militia relinqui potuit, possit etiam et servo, ac per servum ipsi domino relicta videatur. *L. non minus, supr. de her. inst.* Eo fit, quod illic traditur, ut debeatur æstimatio, si testator

servum, cui militiam legabat, servum esse non ignoravit. Debebitur nimirum domino, qui militiæ commercium habuit; quod si ignoravit testator, ibidem scriptum est, denegari fideicommissi persecutionem debere. Quo per contrarium maxime confirmatur, si quid relinquatur ai solum, qui rei relictæ commercium non habeat, ejus nec deberi æstimationem. Cur enim hoc casu non debetur? quia testator, dum eum, cui militiam præstari vult, liberum putat, nihil inde vult ad dominum redire; sed hoc sentit, ut vel ipsi, dum liber est, militia acquiratur, vel acquiratur ei, cujus in potestatem mutata conditione ipse transierit. *L. si paterfam.* Illic. *atqui eum*, supr. *de her. inst.* in quo numero non est dominus, qui nunc est. Ita ex hoc fideicommisso neque domino militia potest acquiri, quia testator non vult; neque servo, quia servus ejus commercium non habet; unde evenit, ut nec ejus æstimatio
9 debeatur. † Plus difficultatis omnibus ætatibus objecit *L. sed si reus aliena, de leg.* 1. Nam in ea proponitur non solum is, cui possidendi jus non est; sed etiam qui commercium rei non habet: et tamen Ulpianus ait se putare deberi æstimationem. Verba autem hæc sunt: *Sed si res alienæ, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto æstimationem deberi.* Et sane si hoc responsum de uno sive legatario, sive fideicommissario intelligimus, ut in eo pro eodem accipiantur et legatarius, qui rei commercium non habet, et is cui possidendi jus non est, nihil caussæ est, cur non iis non dico quæ de stipulatione diximus, adversari putetur, sed multo etiam magis iis, quæ superioribus locis tam aperte de legatis constituta sunt: maxime autem *L. mortuo*, §. *Labeo, de leg.* 2. Quid enim dicemus? in *L. mortuo*, §. *Labeo*, agi de re legata; hic autem quæstionem nominatim proponi de re per fideicommissum relicta? quasi ad vim legati quidquam referat, utrum res legetur, an per fideicommissum relinquatur. Mitto, quod dicitur in *L.* 1. *supr. de leg.* 1. per omnia legata esse exæquata fideicommissis; de quo si prius dubitatum esset, nunc tamen certum et constitutum jus est lege Justiniani, *L.* 2. *Cod. com. de leg.* §. 1. *Inst. de leg.* Hoc dico semper hoc jus valuisse, ut quemadmodum bis solis per fideicommissum relinqui potest, quibus et legari: §. *legari*, juncto §. *incertis*, *Inst. de leg.* Ulpian. *in frag. tit. de fideic.* ita et res eæ solæ fideicommitti possunt, quæ et legari possunt. Quarum autem rerum legatum aut fideicommissum per se non consistit, ita utrumque esse inutile, ut nec æstimatio debeatur; alioqui inutile non esset, ex quo æstimationem liceret consequi legatario. Hoc in rebus legatis pro certo traditum est, quæ non sunt in hominum commerciis. *L. cum servus*, §. *ult. supr. de leg.* 2. non est, quod in cæteris rebus inutiliter legatis aliud juris esse existimemus. Propone testatorem rem legatarii ei legavisse; adeo legatum est inutile, ut quamvis legatarius rem alienaverit, tamen non debeatur nec ipsa res, nec æstimatio ejus. §. *sed si rem, Inst. de leg.* Et ne ab ea ea specie, de qua agitur, discesserimus, quomodo in *L.* 11. §. *si servo, de leg.* 3. militia servo relinqui proponitur? per fideicommissum. Et tamen cujus militiæ fideicommissum non consistit, illic traditur ejus nec deberi æstimationem. Et certe quomodo dici possit æstimatio deberi, quæ legata non est, non animadverto. Res certa legata est, aut per fideicommissum relicta, non rei pretium seu æstimatio. Proinde si res legari aut fideicommitti non potuit, neque ipsa debebitur, quia jus obstat; neque æstimatio, quia hæc legata non fuit. Non est igitur, ut cœperam dicere, cur *L. sed si res aliena*, non aperte contraria putanda sit *L. mortuo*, §. *Labeo, de leg.* 2. *L.* 11. §. *si servo, supr. leg.* 3. si in ea quæstionem de uno legatario aut uno fideicommissario proponi putemus, et eo qui commercium rei relictæ non habeat. Et omnino de uno in ea non agitur. Quod ut existimare debeamus, non tantum repugnantia, ne dicam falsitas et absurditas superioris sententiæ, quam modo ostendimus, facit: sed etiam verba ipsa et contextus *d. L. sed si reus*, fateri cogunt. Primo in commemorantur illic duo, quorum unus nominatur legatarius, alter is, cui per fideicommissum relinquitur: unus qui commercium non habere dicitur, alter cui dicitur jus possidendi non esse: quæ non verbis solum, sed etiam re ita distinguuntur, ut duas personas distinctas poni appareat. Quod si unum his verbis exprimi dixerimus, quam multa in eo reprehendenda? Primum bis idem inepte et otiose inculcatur, cum satis fuisset ita dicere. Si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei per fideicommissum relinquatur. Quinetiam et illud *legatarius* redundat; satis enim erat ita dicere, si res cujus commercium, quis non habet, ei per fideicommissum relinquatur. Tum autem si de eo agitur, qui rei commercium non habet, cur erroris obiiciendi caussa additur, *ei cujus possidendi non est*, quo addito alius videri possit, non idem? cur eum agatur

de eo, cui per fideicommissum relinquitur, is nominatur legatarius, cum et multo rectius diceretur fideicommissarius, et ad intelligentiam commodius, ne quis videlicet de duobus agi existimaret? Res ergo ita habet, ut duo re vera his verbis notentur, et distinguantur. Sunt autem hi; unus legatarius, qui rei legatæ commercium non habet; alter, cui ab hoc eadem res, cujus commercium legatarius non habet, per fideicommissum relinquatur; is tamen, cui jus possidendi non sit, idest, is, qui commercium non habeat rei relictæ, ut legatarius, sed qui alter ob aliquam probabilem caussam, sine delicto tamen et interdictione legis rem habere et possidere non possit, ut dicitur in *d. L. filiusfam. §. si quid alicui, supr. de leg.* 1. Cum hæc verbis conveniunt, tum vero in sententia non est dubitandum, quin in hac specie recte respondeatur legatum, et fideicommissum deberi, et quidem ita, ut æstimatio tantum, non res debeatur, quandoquidem res fideicommissario præstari non potest. Finge hoc modo: testator Christianus servum Christianum legavit Judæo, et petiit ab eo, ut eum servum Titio restitueret: is autem servus ita aliquando venditus erat, ut exportaretur, et exportatus ne postea aut ab emptore, aut alio qui ex ex eadem regione esset (in quo numero fuit is Titius fideicommissarius) possideretur; alioqui manus injectio esset: quæ lex in servis observatur: efficitque, ut servus in his civitatibus conversari, et ab his possideri non possit, quos quasve contrahentes exceperunt, *L.* 1. 2. *et* 3. *C. si ser. exp. ven.* Ergo a Judæo legatario Christiano mancipium per fideicommissum ei relictum est, cui isto modo, ut dixi, servi possidendi jus non fuit. Utrumque et legatum, et fideicommissum dicimus valere. Legatum quia etsi vetatur Judæus Christianum mancipium capere testamento; tamen magis est, ut non videatur eum servum capere, quem ita capit ut restituat *d. L. cum ei*, 42. *supr. de leg.* 2. Fideicommissum, quia non est ei relictum, cui interdictum sit mancipii commercium; sed qui propter aliam justam caussam, et eam privatam, nempe propter legem venditionis id mancipium habere non possit, ut sic res pertineat ad definitionem dictæ *L. si filiusfam. §. si quid alicui, supr. de leg.* 1. Interim quia mancipium ipsi dari non potest, consequens est, si quid debetur, ut præstari debeat æstimatio pro re, quæ debetur, *L. in re furtiva, in princ. supr. de cond. fur.* idque ex eadem definitione *d. L. si filiusf.* Sed cur hæc verba, *cui jus possidendi non est*, interpretamur de omni alio, qui habere non potest, potius quam de eo cui commercium est interdictum: cum is, cui commercium interdictum est, nihilo rectius dici possit rem habere non posse quam quivis alius? quia cum apud Ulpianum coniunguntur duo et exprimantur, quorum unus commercium non habet, alter qui non habet jus possidendi, apparet sic eos ab illo distingui, ut separentur: et ejus cui possidendi jus est, appellatione non contineatur is, quem prius commercium non habere dixerat. Deinde cum alibi ita definiatur, sic deberi æstimationem ejus, quod legatarius habere non potest, si alia de caussa habere non possit, quam quod ei commercium sit interdictum, idest, *d. L. filius. §. si quid alicui*, puto, quod hic dubium est, recte fieri, si ex certis nec obscuris definitionibus interpretemur. Sed si intelligimus ei relictum per fideicommissum, qui rei legatæ commercium habuit, tametsi alia de caussa rem possidere non potuit, quid necesse fuit duos hic fingere, quorum uni prius legetur id cujus commercium ille non habet, deinde ab eo relinquatur idem alteri, qui commercium habet? cur enim non recta et sine circuitione Ulpianus proposuit rem relictam per fideicommissum ei, cui commercium est, sed aliter rem possidere non potest? Id fecit, non quod ad vim relicti quidquam interesset, utrum fieret: sed ut augeretur dubitatio, ex eo, quod prius proposuisset legatam rem ei, cujus in persona videri posset legatum non constitisse, quia is commercium rei non habuisset. Prius scriptum ab eo erat in *L. cum servus, § ult. de leg.* 1. re aliqua legata, quæ in totum exempta esset hominum commerciis, legatum non valere, adeoque nec æstimationem deberi. Ea quasi occupatione, quæ sequitur in *fragmento sequen.* idest, in *d. L. sed si res*, vult intelligi idem quidem esse si legetur ei, qui ipse commercium non habeat: sed longe esse diversum, si legetur aut relinquatur ei, qui alter possidendi jus non habeat; adeo enim huic deberi æstimationem, ut debeatur ei, etsi non statim res ei legetur, aut fideicommittatur; sed etiam si primo legetur ei, qui commercium ejus rei non habuit, deinde ab eo huic per fideicommissum relinquatur. Rursum quæro, si ad vim relicti nihil pertinet apud Ulpianum, quomodo res relinquatur, legeturne, an fideicommittatur; cur nominatim proponit rem per fideicommissum relictam? Quia, ut species facti, quam proponebat, jure procederet, ita ex jure vetere factum oportuit. Prius res legata erat alicui, deinde ab eo al-

teri relicta; non potuit huic relinqui, nisi per fideicommissum; sic enim olim jus erat, ut a legatario legari non posset. *Inst. de sin. reb. per fid. rel. in princ.* Bene autem Ulpianus proposuit, rem de qua quæritur, a legatario relictam esse ei, cui possidendi jus non est, negative, non autem ei, cui jus possidendi est, affirmative: quia dum ei relinquitur, qui rem habere possidere non potest, recte ab eo respondetur hic non rem deberi, quæ præstari non potest, sed deberi æstimationem, ut et fit in *d. L. filiusf. §. si quid alicui.* Quod si fingeremus ei relictum esse per fideicommissum, cui possidendi jus est, male responderet æstimationem deberi. Ipsa enim res deberetur, non æstimatio, ut accidit, quoties certa res legatur, et legatum valet. *§. non solum. Inst. de leg.* Nec ad rem pertinet, quod res primo ei legata est, qui ejus commercium non habuit. Non enim eo minus recte res ei legatur, nec ei minus ei præstatur jure, si is jussus est alii, qui capere et possidere possit, eam restituere ut sæpe jam diximus ex *d. L. cum ei*, 42. *de leg.* 2. Quod si æstimatio in hac specie ei fideicommissario debebitur, cui rem habendi et possidendi jus est, quæro a quo præstabitur? Utrum ab herede? at is servum Christianum legatum Judæo præstare vult, quem Judæus postea restituat capienti fideicommissario. Hoc si facit, liberatur: hunc enim quia legatus est, ex legati caussa debuit, ac solutione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *d. §. non solum, Inst. de leg. Inst. quib. mod. tol. ob. in princ.* Utrum a legatario? at nihil plus ab eo relictum est, quam ab herede: ab utroque videlicet servus Christianus. Et quomodo tandem ab eo exigeretur æstimatio, cui si facultatem et nudum officium restituendi ademeris, nihil ei omnino relictum est, idest, neque res neque æstimatio? Æstimationem ei nullam legatam esse ne verbis quidem, apparet. Res verbo quidem legata est: re autem ipsa nihil, cum non ita ei legatum præstetur, ut apud eum maneat. *L. aliud est capere. infr. de ver. sig.* Certi autem juris est, cui nihil dederis, ab eo nihil relinqui posse. *L. 6. in fin. supr. de leg.* 3. *L. ab eo, C. de fid.* Itaque qui in responso Ulpiani, idest, in *d. L. sed si res aliena. de leg.* 1. lectionem emendant, et pro illis verbis, *ei cui jus possidendi non est.* substituunt, *ei cui jus possidendi est* detracta negatione; hi duabus de caussis cum sua emendatione procul facessere nobis jubendi sunt. Primum quod nulla necessitate emendationis cogente lectionem publica fide omnium codicum receptam invertunt, atque adeo negationem in affirmationem mutant. In quo scio, quam non parum a multis hac ætate peccetur. Quid enim erit in libris, et omni vetustate certi, si quoties visum est, pro commodo et arbitrio nostro licebit veteres, et receptas scripturas mutare? Deinde quod hac etiam lectione recepta sententiam inducunt omnibus regulis de legatis, et manifesto juri contrariam, ut cum dederint eam speciem, in qua res aliena recte capienti relicta sit, tamen dicant æstimationem fideicommissario deberi, non rem. Quæ si ita sunt, effectum est, quod supra posuimus, quod hoc loco traditum est de stipulatione, hoc idem juris esse in legatis et fideicommissis, ut quoties vel is stipulatur, qui rei commercium non habet; vel legatur aut per fideicommissum relinquitur ei, qui item rei legatæ commercium non habet, totius nec stipulatio valeat, nec consistat legatum aut fideicommissum: itaque fiat, ut inde nec res ipsa, nec rei æstimatio debeatur. Quod si in eo creditore, cui rei legatæ, aut in stipulatum deductæ commercium est, pariter receptum est, ut ejus rei legatum et stipulatio valeat: conficitur hoc quoque, quod volumus communem esse hanc, quæ hoc loco traditur, et stipulationis et legatorum seu fideicommissorum distinctionem.

Ad L. *Si stipulor*. 35.

Paulus *libro* 12. *ad Sabinum*.

Si stipulor ut id fiat quod natura fieri non concedit: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest: nisi per quem stetit quo minus facere id possit.

Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam caussam servaturum est, cessat obligatio: veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur. Quanquam etiamsi non sit perpetua caussa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit; quia statim contra mores sit.

S U M M A R I A.

1. *Re impossibili in stipulatum deducta, nec id quod promissum dari, fieri non potest, nec ejus æstimatio, nec quod stipulantis interest, debetur.*
2. *Fieri non posse intelligitur, non tantum quod natura fieri non patitur, sed et quod jus, aut boni mores fieri vetant.*
3. *Si præstatio rei promissæ culpa promissoris impossibilis sit effecta, non ideo minus promissor obligatur.*

AB his rebus, quæ in stipulatum deducuntur, inutilis stipulatio est, si stipulemur dari, quod dari non potest; si fieri, quod fieri non potest: ut sit hæc summa, quæ regula juris comprehensa est. Impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium.*
1 *infr. de reg. jur.* † Hoc eam vim habet,
ut non tantum non debeatur id quod promissum dari, fieri non potest, de quo non dubitatur: sed etiam, quod jam aliquoties monuimus, ut nec debeatur ejus rei æstimatio, quamvis dari possit, neque id quod stipulantis interest, atque adeo nec pœna, quamvis nominatim promissa hac conditione, si non daretur aut fieret, quod promissum erat. De æstimatione superiore capite rationem reddidimus, idque scriptum est in *L. cum servus. §. ult. supr. de leg.* 1. De pœna est in *L. si homo, infr. eod.* Quæ res dari non possit, dicemus ad *L. in-*
2 *ter. §. sacram. infr. eod.* † Fieri autem non
posse hoc loco definitur, non tantum quod natura fieri non patitur, veluti hominem mortuum sisti, de qua species *d. L. si homo*, sed etiam quod fieri jus vetat, aut boni mores. In quam sententiam est illud Papiniani; *quod honeste non possumus et secundum bonos mores, ea nec nos facere posse credendum est.* L. filius, *supr. de cond. inst.* Hujusmodi esse Paulus ait, si quis stipuletur sororem suam sibi uxorem dari (ut olim moris erant stipulari et spondere sibi uxores futuras. *L. 2. supr. de spons.*) neque referre putat, naturalem quis sororem stipuletur, an adoptivam. Cum omni sorore matrimonium contrahi leges prohibent. *§. inter, Inst. de nupt.* Soror quidem adoptiva desinere potest esse soror, finita nimirum patris adoptivi potestate, *L. in omni. supr. de adopt.* idque etiam si evenerit, cum ea matrimonium consistere potest. *d. §. inter.* Sed non eo minus inutilis stipulatio est ab initio, qua sororem adoptivam quis stipulatus est; est enim hoc ipso statim contra bonos mores; nec si postea soror esse desierit dissoluta adoptione, ideo stipulatio convalescet; quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis confirmari. *L. quod initio, infr. de reg. jur.* Hæc de his dicta sunt, quæ jam a principio, cum in stipulatum deducuntur, dari aut fieri non possunt. † Quod si 3
quid tum dari potest, aut fieri, non si postea dari fieri posse desinat, ideo obligatio non consistet, si per promissorem factum sit, quominus dare aut facere posset: quippe culpa ejus perpetuam fecit obligationem: qua de re dictum est ad *L. si ex legati, supr. eod.* Hæc sententia est exceptionis ejus, quæ illis verbis expressa est, *nisi per quem steterit*, et quæ sequuntur.

Ad §. *Si in loquendo.*

Si in loquendo, conducendo, vendendo, emendo, ad interrogationem quis non responderit: si tamen consentitur in id quod responsum est, valet quod actum est: quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.

SUMMARIA.

1. *Contractibus, qui consensu constant, stipulatio inutilis adjecta, si in rem contrahentes postea consentiant, obligationem non vitiat.*

2. *An idem juris, si post inutilem stipulationem nullus novus consensus sequatur.*

Sunt contractus, qui consensu contrahi dicuntur, emptio, venditio, locatio conductio, societas, mandatum: consensu, quia præter consensum nihil requirunt ad obligationem, non scripturam, non præsentiam contrahentium, aut verba: ideo ne stipulationem quidem. *Inst. de obl. ex cons.* Et hoc quidem certum est, si non placeat contrahentibus stipulationem in contrahendo adhiberi. Quid, si placuit interponi, et hæc aliquo modo
1 inutilis constituta est? † Hoc loco constituitur idem juris esse, ac si sine ulla stipulationis specie de re ipsa convenisset, dum in eam rem consentiatur postea, quæ in stipulationem sunt aut promissorem inutilem deducta erat. Ut puta, de re quæ venibat, interrogatus venditor simpliciter, an tanti venderet, stipulanti emptori in diem aut sub conditione respondit, idest, non ad interrogationem, nec illico placuit stipulanti diversitas responsionis, nulla stipulationem contrahi constat, et quidem ita, ut quamvis placeat postea responsio, et in eam contrahentes consentiant, nihilo magis promissor ex stipulatione obligetur. *L. 1. §. si quis simpliciter, supr. eod.* Sed his postea in eam rem ita consentientibus emptio et obligatio, contrahetur. Merito: sublata enim stipulationis caussa, quæ frustra adhibita est, manet consensus, qui ad emptionem et cæteros similes contractus conficiendos est satis. Nisi quis forte dicat, quia visum est contrahentibus adhiberi stipulationem, ideo rem ex stipulatione pendere, ut si ea non valet, nulla obligatio omnino contrahatur. Sed qui majoris cautionis caussa adhibuerunt stipulationem, non ideo potestatem alio modo consentiendi sibi interdixerunt. Ita si eos in rem ipsam postea consensisse constet, consensus in ejusmodi contractibus eos tenebit.
† Quid si post inutilem stipulationem nullus novus consensus sequatur? Dum modo vel ante, vel etiam in ipsa inutili stipulatione utromque in emptione de re et pretio consensisse appareat, probandum est eodem modo et consensu contractam esse emptionem. Et ideo si venditor interrogatus, an velit fundum illum tanti addictum esse, nihil omnino respondeat, sed annuat tantum; puto emptionem contractam nutu consensum satis declarante, ut de nutu aliis in caussis receptum est. *L. nutu. supr. de leg. 3. L. servo, §. si pupillo. supr. ad Treb.* Nec obstat, quod in *L. 1. §. si quis ita, supr. eod.* scriptum est, si is qui interrogatus est, sine verbis respondeat, adeo eum non obligari, ut non modo civiliter, sed nec naturaliter obligetur: multum enim interest, utrum quis stipulantis tantum animo stipuletur, de quo illic agitur, an vero ementis, vel alio modo paciscentis: ut si animo stipulantis, nihil agatur, quia paciscendi animus non fuerit, ut declaratur in *L. 1. §. cum qui, supr. de const. pec.* sin ementis emptio cum annuente contrahatur propter consensum. 2

Ad L. *Si quis cum aliter.* 36.

Ulpianus *lib. XLVIII. ad Sabinum.*

Si quis cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est: erit quidem subtilitati juris obstrictus: sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet. Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipse dolo facit, quod petit.

S U M M A R I A.

1. *Sensus verborum :* Cum convenisset obligari.
2. *Species hujus L.*
3. *Jure Civili obligari quid.*
4. *Stipulator, sive dolo ejus quis obligetur, sive nullo ejus dolo interveniente res ipsa in se dolum habeat : doli exceptione submovetur.*
5. *Quid juris in contractibus bonæ fidei.*
6. *Differentia judiciorum bonæ fidei et stricti juris, circa exceptiones. Ejusque differentiæ ratio.*
7. *Bonam fidem in omnibus contractibus servari, sed dissimiliter.*

Quæstio est de eo, qui aliter obligatus est, quam eum convenisset obligari. In quo *convenisset* sic vulgo omnes accipiunt, ut sit, conventum esset; et cum convenisset obligari, ut sit, convenisset, ut obligaretur: quomodo loqui aliquando juris auctores scimus. Nam et in *L. ex empto, in pr. supr. de contr. empt.* legimus: quod præstari convenit, pro, quod convenit, ut præstaretur. Ideo magno labore speciem quærunt, in qua convenerit, ut quis obligaretur certo modo, et tamen contra quam vellet, per machinationem adversarii, aut suo errore deceptus aliter sit obligatus: ac diu re quæsita vix tandem speciem accommodatam reperiunt, aut repertam satis expediunt. Unde tam variæ ab illis afferuntur, dum quæ ab uno allata est, cæteris displicet: nec mirum. Vix est enim, ut quisquam tam stolidus, et rerum suarum tam dissolute negligens reperiatur, ut cum conventione sola non obligetur ad promittendum, velit adversario promittere secus, quam conventum est, priusquam certo compererit caussam esse, cur aliter promittat, et in eo sibi patiatur ab adversario aut ab ignorantia sua imponi. Nullum est enim periculum, quod metuat, si id non promiserit; quoniam promittere non cogebatur, nam ex pacto non nascitur actio. *L. jurisgentium, §. sed cum nulla, et sequen. sup. de pact.* Faciamus tamen contentione adhibita ejusmodi aliquam speciem ingenio excogitari posse, cujusmodi nulla adhuc ab ullo aliorum approbatione inventa est: certe non fuit hic necessarius labor. † Non enim verbum 1
convenisset necesse es hic accipere pro conventum esset: sed multo rectius est, et ad consuetudinem loquendi usitatius, tum ad hujus quoque loci sententiam convenientius, ut convenisset interpretemur, decuisset, vel oportuisset: intelligamusque sermonem esse de eo, qui cum aliter eum decuisset, et oportuisset obligari, aliter sit obligatus. Et certe usitate dicimus, convenit, id fieri pro conveniens est, seu par est, et oportet id fieri; convenit aliquem hoc modo obligari, pro oportet eum hoc modo obligari. Convenit autem te obligari, pro convenit, ut obligeris, rarius, nec satis ex consuetudine veterum loquendi. Hac autem significatione admissa, ut sententia facilis est, et cum aliis multis locis consentiens; ita in specie huic loco accommodata invenienda non laborabimus
† Propone igitur hoc modo: centum testa- 2
mento legata sunt alicui: ex his postea quinquaginta legatario adempta codicillis; quod legatarius cum sciret ignorante herede dolo subtractis instrumentis facile obtinuit, ut dum heres juxta formam edicti satisdat legatariis legatorum nomine, promitteret se ei centum, quæ supra scripta sunt, tanquam

debita datarum, utpote relicta testamento, de quibus ademptis nihil ne suspiraretur quidem. Ita cum eum legatorum nomine quinquaginta tantum promittere convenisset, idest, oportuisset, aliter per machinationem legatarii, ejusdemque stipulatoris obligatus est; centum enim integra promisit, et ejus summæ totius nomine dedit fidejussores. Hic scribit Ulpianus eum subtilitate juris obstrictum esse in centum; sed quatenus aliter obligatus est, quam conveniebat, doli exceptione uti posse. De qua sententia ne dubitetur, generalius et explicatius expressa est *in princ. tit. de except. Inst. et L. dolo, C. de inut. stip.* Ait autem eum, qui ita deceptus promisit, subtilitate juris obstrictum esse, velut interpretans illud, quod est apud Justinianum in *d. tit. de except. in princip.* promissorem in hac specie Jure Civili obli-
3 gatum esse. ✝ Jure Civili valet, summo Jure Civili, et quod hic dicitur, subtilitate juris, ut et in *L. filio, supr. de injust. rupt.* idque ita dicitur, quia verbis tantum legis obligatus est, non etiam sententia: obligatus est enim contra æquum et bonum. Finis autem et mens omnis juris est, æquum bonum: unde jus definitur ars æqui et boni. *L. 1. supr. de just. et jur.* Interim verba juris ejus, quod de stipulatione constitutum est, promissorem tenent. Nam ex stipulatione in promissorem Jure Civili actio constituta est hac conditione, si quis quid stipulanti promiserit. *§. de constituta, Inst. de act.* Sed, ut dixi, deceptum teneri iniquum est. Hinc doli mali exceptio hoc loco, et *d. tit. de except.* hæc enim eo comparata est, ne per occasionem Juris Civilis, idest, subtilitatis juris, quæ in verbis posita est, non in sententia, cuiquam dolus suus prosit contra naturalem æquitatem. *L. 1.*
4 *supr. de dol. mal.* et met. exc. ✝ *Idem est,* inquit, *etsi nullus dolus intercessit stipulantis sed ipsa res in se dolum habet.* Id fieri intelligitur, cum ipse promissor suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, et promittit stipulanti, qui eodem errore falsus non minus putat sibi deberi. Qua in specie non minus, quam in superiore exceptionem doli competere promissori declaratur in dicto *tit. de except. ibid.* Id autem contingit in eodem exemplo hoc modo: si proponas legatarium, et heredem simul ignorasse quinquaginta codicillis esse adempta, quia codicilli latebant: ideo heredem fidem testamenti secutum legatario in eadem ignoratione versanti, et bona fide stipulanti centum solida promisisse: hic dicimus si codicilli postea emergant, et legatarius ex stipulatione tota centum petat, summoveri eum doli mali exceptione pro parte posse. Sed unde doli exceptio, dixerit aliquis, adversus eum, in stipulando nihil dolo fecit? Respondet Ulpianus et hoc loco, et pluribus in *L. 2. §. circa, supr. de dol. ma. except.* non ex præterito dolo hanc exceptionem esse, sed ex præsente; licet enim eo tempore, quo actor stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen eum dolo facere, qui perseverat ex ea stipulatione petere, quam sine caussa, quæ initio subesse putabatur, esse intelligat. Ait autem in hac specie rem in se dolum habere, quia persona stipulantis dolo caret, sed res, idest, stipulatio et promissio in se dolum habet, fraudem nimirum et damnum promissoris, qui suo errore deceptus est, ut promitteret, quod non debuit. Et hæc de stipulatione et cæteris contractibus stricti judicii recepta sunt, cum hoc loco, tum in *d. L. pen.*
C. de inut. stip. et tit. de exc. in princ. ✝ 5
Aliud juris est in contractibus bonæ fidei: quo in genere et nullam esse venditionem legimus, in qua quis in hoc deceptus est, ut venderet, *L. et eleganter, supr. de dol.* et societatem ipso jure nullius esse momenti, quæ dolo malo aut fraudandi caussa coita sit. *L. 3. §. ult. supr. pro soc.* Sed etsi quis rem alioqui empturus in hoc deceptus sit, ut pluris rem emeret, quam valebat, eatenus quoque ipso jure non tenebitur: idest, quamvis exceptionem doli initio litis contestatus non erit, nihilominus tamen quandoque objecto ante sententiam dolo et probato absolvi debebit non secus, quam si exceptione
initio opposuisset; ✝ Idque ex eo efficitur, 6
quod dicitur sola judicii bonæ fidei potestate exceptiones omnes bonæ fidei judiciis inesse. *L. 3. supr. de resc. vend. L. hujusmodi, §. qui servum, supr. de leg. 1. L. plane, et L. ult. supr. de her. pet.* cum in judiciis stricti juris exceptiones initio contestari oporteat, si quem usum earum in his judiciis postea esse velimus. *L. præscriptionem. L. si quidem, C. de exc.* Quæ differentia ex ipsis verbis juris, quod de utroque genere ad concipiendum judicium positum est, nata est. Nam ut declaratur in *§. ult. Inst. de obl. ex cons.* in contractibus bonæ fidei jure alter alteri obligatur, eodemque jure et constituitur actio in id, quod alterum alteri ex æquo et bono præstare oportet. Hoc jure posito, non modo qui in his generibus deceptus est, eatenus absolvi debet ex legis sententia, quia æquum est, sed etiam ex verbis, quæ in id æquum et bonum aperte concipiuntur: *cum alioqui,* inquit, ibidem Justinianus, *in verborum obligationibus,* idest, in stipulationibus, *alius stipuletur, et alius promittat.*

Quibus verbis significat in stipulationibus obligationem et actionem ad id solum referri, quod unus stipulatus sit, et alter promiserit, omissa quæstione, an æquum sit id
7 præstari, necne. † Ex bis intelligitur vere definiri in *L. bonam. C. de obl. et act.* quod ad omnes contractus indistincte pertineat, bonam fidem in contractis considerari æquum esse. Constat enim ex hoc loco, et bis quæ supra disseruimus, nihil ratum esse ne in stipulatione quidem, quod dolo malo factum sit, aut nunc fiat contra bonam fidem tametsi verum est bonam fidem in contractibus servari dissimiliter; eum ut diximus, in contractibus bonæ fidei ita hæc servetur, ut ipso jure id non valeat quod contra eam contractum est; in stipulatione autem et similibus, quod ita gestum est, solum per exceptionem infirmetur.

Ad L. *Si certos.* 37.

Paulus *lib.* 12. *ad Sabinum.*

Si certos nummos puta qui in arca sint, stipulatus sim: et hi sine culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur.

Quidquid debetur, si certum est, et perire potest, vel, quod semel dici sufficit, si perire potest, referri debet ad definitionem de interitu et mora supra traditam in *L. si ex legati*, 23. *supr. eod.* in quo genere est species hujus loci.

Ad L. *Stipulatio ista.* 38.

Ulpianus *lib. XLIX. ad Sabinum.*

Stipulatio ista, *habere licere spondes?* hoc continet, ut liceat habere, nec per quenquam omnino fieri quo minus nobis liceat habere, quæ res facit, ut videatur reus promisisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat; videtur igitur alienum factum promisisse; nemo autem alienum factum promittendo obligatur: et ita utimur; sed se obligat, ne ipse faciat quo minus habere liceat; obligatur etiam ne heres suus faciat, vel quis cæterorum successorum efficiat ne habere liceat. Sed si quis promittat per alium non fieri, præter heredem suum: dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. At si quis velit factum alienum promittere: pœnam, vel quanti res ea sit, potest promittere.

S U M M A R I A.

1. *Summa capita hujus L.*
2. *An et qualenus stipulatio hæc,* Habere licere, *valeat; et quæ dubitandi ratio.*
3. *Nemo alienum factum promittendo obligatur.*
4. *Exceptio: Si pœna, aut id quod interest stipulatoris, promissum sit.*
5. *Explicatur* §. Cui autem L. *Ex* empta, supr. de act. empt.
6. *Ex generali promissione factum alienum quatenus præstetur.*
7. *Ex speciali promissione, qua quis de suo facto pollicetur, nunquam promissor extranei evictionem præstat.*
8. *An qui promittit se curaturum ne alius evincat, omnium evictionem se præstiturum promittere videatur.*

Emptor a venditore stipulatur rem venditam habere licere, idque judicio empti venditor promittere cogitur. *L. exempto,* §. *etiamsi. supr. de act. em.* De hac stipulatione quinque tractat Ulpianus hoc capite: † Primum
1 an hæc stipulatio valeat, et quatenus; hoc in principio. Secundum, quando videatur contra hanc stipulationem fieri, ut ea adversus venditorem committatur, ejusve heredes; hoc illis verbis *sed quatenus,* et in § *si quis forte seq.* item in §. *habere*; Tertium, quis recte promittat habere licere: hoc in §. *quæsitum.* Quartum, quibus et adversus quos mittatur hæc stipulatio: hoc in §. *sicut.* Postremum, quis recte hoc ipsum stipuletur a venditore; hoc in §. *hi, qui,* et §. *hæc quoque. seq.* † Initio igitur, ut dixi, tractat, an
2 valeat hæc stipulatio. Dubitationis caussa est, quod qui promittit emptori rem habere licere, hoc promittere intelligitur, rem ei habere licere non tantum per se heredemve suum; sed etiam per omnes; idest, neminem omnino facturum, quominus rem ei habere liceat, neque se neque heredem suum neque adeo extraneum quemlibet. At qui promittit, alium non facturum, sive rem non ablaturum, is factum alienum promittit: † id 3
quod fieri jus vetat. *E. inter, in princ. infr. eod.* quo fit, ut hæc stipulatio simpliciter concepta videatur esse inutilis. Et Ulpianus de extraneo fatetur, quatenus quis promittit eum non facturum, quominus emptori habere liceat, eatenus stipulationem non valere; sed negat eam rem efficere, quominus de se heredeque suo recte promittat, ubi non alienum factum promittit, sed suum, aut eorum, qui una persona cum eo esse existimentur. Ideo hactenus stipulationem valere, et promissorem heredesque ejus eatenus obligari ait. † Sed 4
hoc adiicit: Si pœna promissa sit, aut id quod interest emptoris, si illi rem habere non liceat, futurum esse, ut re a quovis etiam extraneo evicta venditor teneatur. Merito in pœnæ enim promissione venditor de se,

et pecunia sua promittit. Adeo autem disertis verbis Ulpianus scribit, remota pœnæ, aut ejus quod stipulatoris interest, stipulatione, eum qui promittat per alium non fieri, inutiliter promittere, ut qui hanc promissionem utilem esse velit, et extraneo evincente promissorem ex ea teneri contendat, caussam dicere non possit, quin non dico pro Ulpiani interprete se non gerat sed ultro se illi constituat adversarium, et ejus sententiæ reprehensorem. Non enim tantum ille ait hoc jure nos uti in proposito, ut nemo alienum factum promittendo obligetur; sed etiam diserte scribit, si quis promittat per alium non fieri præter heredem suum, dicendum esse inutiliter eum promittere factum alienum. Nos vero id tenebimus, neque committemus, ut quod tam aperte scriptum est, non vidisse, aut quod tam certa ratione juris nititur, temere repudiasse videamur. Neque vero quidquam objicitur, quod nos eam sententiam mutare cogat. Moventur vulgo in contrariam partem *L. ex empto*, *§. qui autem*, *supr. de act. em.* sed quam recte, vel hinc licet intelligere: quod enim præcipuum animadvertendum est, locus est ejusdem Ulpiani de hac ipsa promissione, *habere emptori licere:* ut nisi aperte vel contrarium illic scriptum sit, vel ex his, quæ illic scripta sunt, necessario consequatur, nunquam eum locum sic debeamus interpretari, ut idem alioqui intelligens et prudens scriptor a seipso dissideat quorum neutrum eo loco reperie-
5 tur. † Verba autem hæc sunt: *Qui autem habere licere promittens vendidit, videamus, quid debeat præstare.* Et multum interesse arbitror, utrum polliceatur per se, venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id præstare, ne alius evincat, et subjicit id ita esse sive stipulatio interposita sit, sive non sit: ut appareat eum non solum de eo agere, qui sola conventione pollicitus sit per se non fieri, quominus emptori habere liceat, sed etiam de eo, qui idem stipulanti emptori promiserit, de quo nunc agimus; quam ob caussam verbo *polliceatur* initio consulto usus est, non quia notare vellet nudam conventionem sine stipulatione: sed quia polliceri verbum est commune, et ad nudam conventionem emptionis pertinens, et ad stipulationem: quarum de utraque dicere instituerat. Sed ad rem. Ille eum, qui promisit solum per se non fieri, ait non videri id præstare, ne alius evincat. Quid, si promiserit non fieri per omnes etiam extraneos? Nihil de eo nominatim subjicit; ut si quid de eo statui ex eo loco velimus, id solum sit, quod ex præcedentibus colligatur. At ex his evidenter colligitur, inquiunt, si promiserit venditor generaliter per omnes non fieri, quominus emptori habere liceat, id eum præstare debere, non solum ne ipse aut heres ejus, sed etiam ne alius quivis evincat. Propositum enim illi est distinguere promissiones istas in eo, quod alius evincit, et quod de una negavit, de altera affirmare. Negavit autem ex speciali promissorem præstare debere, quod alius evincit, ex quo volunt effici ex generali promissorem hoc ipsum etiam præstare debere. † Et si dicunt hoc 6
colligi, ex generali ea promissione aliquando factum alienum, seu alienam evictionem præstari, aliquando, inquam, non semper: concedo, et verum est: præstatur enim tunc, cum pœna promissa est, aut id quod interest, si emptori habere non liceret; de quo verisimile est Ulpianum sentire: quoniam ea stipulatione interdum simpla, ut plurimum autem dupla promittebatur, in eamque rem etiam erat ex empto actio. *L. 2. L. emptori*, *supr. de evict.* Sin hoc volunt colligi, semper ex ea promissione generali præstare promissorem debere, quod alius evincat, id vero ab illis recte fieri nego, quia non necessario efficitur ex præcedentibus. Ut enim inter istas promissiones multum intersit, ut Ulpianus proposuerat, satis est, si dicatur † speciali, qua 7
quis de suo facto pollicetur, nunquam, promissorem extranei evictionem præstare, sive pœna promissa sit, sive non sit; ex generali autem, qua de suo, et omnium facto pollicetur, aliquando debere præstare cujusvis evictionem. Scio dubium fieri posse ex præcedentibus, an Ulpianus has species ita distinguere velit, quasi ex generali ista promissione semper evictio aliena præstari debeat, ex speciali autem nunquam propterea quod sic maxime inter eas interesset, si hæc differentia statuatur. Sed nego ex præcedentibus necessario colligi. Quoniam autem incertum est, utrum magis sit ex sententia Ulpiani, hujus rei dijudicatio ex aliis locis petenda est? idque eo magis, quod eo loco non est propositum Ulpiano de ea generali promissione tractare, sed ea omissa persequi id, quod de speciali dixerat, nempe promissorem aliorum evictionem præstare non debere, ubi de se tantum, et heredibus suis pollicitus est. Hinc enim occasione data quærit, an eum convenit, ne venditor evictionem alienam præstet, eo usque producenda sit hæc conventio, ut re ab alio evicta venditor nec pre-

tium rei restituere debeat. Unde apparet Ulpianum, quod de altera generali promissione jus erat, consulto prætermisisse, ut regulis juris, et iis, quæ de ea allis locis ipse tradidisset, relinqueret. Scimus autem ex hoc loco ab eodem ipso scriptum esse, nisi dupla, aut simpla, aut id quod interest, promittatur, inutiliter quam promittere per omnes non fieri, quominus tibi habere liceat: hanc igitur sententiam illic non mutat. Sed ut desit ille locus, sunt, qui eam sententiam una cum ratione huc loco reddita everti putent eo, quod idem Ulpianus alibi scribit, eum, qui promittit per se non fieri, videri promittere non tantum se nihil facturum, sed etiam curaturum se, ne alius faciat, quominus emptori habere liceat: hoc ille in *L. in illa.* 30. *infr. eod.* Idem Paulus significat in *L.*
8 *inter . infr. eod.* † Hoc posito sic illi sumunt: qui promittit se curaturum, ne alius evincat, omnino in id se obligat, ut faciat ne res a quoquam evincatur, sive eum prohibere possit, sive non possit. Arg. *L. ult. §. ult. supr. si cert. pet. §. si quis alium. Inst. de inut. stip.* Ex quo colligunt eum, qui promittit per alium non fieri, quo res evincatur, semper teneri, quicunque quamvis extraneus rem evincat. Ego autem miror ista ab ullis tam parum considerate dici, ut non animadvertant necesse esse aut falsa esse, quæ sumunt, aut si vera sunt, non modo id non effici, quod volunt, sed potius se solos oppugnari hoc argumento, eam autem sententiam, quam defendimus, aperte confirmari. Observandum est enim et in *L. in illa*, et in *L. inter*, *infr. eod.* quod dicitur eum, qui promittit non fieri, videri promittere se curaturum, ne fiat; non de quovis dici, qui promittit non fieri, sed nominatim de eo, qui promittit per se non fieri, seu de eo qui de se promittat. Demus igitur, si videtur, hunc videri promittere se curaturum, ne quis alius evincat, et ita promittere, ut quisquis alius rem evincet, hujus factum debeat præstare: tamen vitiose omnino colligitur idem probandum esse, et si quis promittat per alium non fieri, sive alium non facturum. Imo vero contra colligi debuit hoc modo: qui promittit per se non fieri, promittit se curaturum, ne quisquam alius faciat, et ob id alio quovis evincente tenetur, at quamobrem? nimirum quia de se, et suo facto promittit: in quo continetur, ut ne sinat alios facere. Ergo qui promittit non per se, sed per alium fieri, quo res evincatur, contraria de caussa dicendum est eum alio evincente non teneri: quia non promittit se curaturum, ne alius faciat: et ideo non intelligitur promittere, quia de suo facto non promittit, sed alieno. Si quid ex superioribus locis ad rem colligi potest, hoc modo concludi debuit; qui promittit per se non fieri, quominus emptori habere liceat, idem promittere intelligitur se curaturum, ne alius faciat, quominus emptori habere liceat. At qui promittit se hoc curaturum, is præstare debet, ne quisquam etiam extraneus evincat, eoque evincente tenetur. Ergo qui promittit per se non fieri, quominus emptori habere liceat, is etiam extranei cujusvis factum præstare debet, et eo evincente tenetur. At hoc non solum falsum est, sed etiam illi ipsi, qui superiore argumento utuntur, maxime falsum esse volunt, ut qui id defendant, quod diserte scriptum est in *L. ex empto, §. qui autem, supr. de act. empt.* eum, qui pollicetur per se non fieri, quominus habere liceat, non videri id præstare, ne alius evincat. Quare aut fateantur non esse verum, eum, qui promittit se curaturum, ne alius evincat, promittere se omnium evictionem præstaturum, eoque nomine teneri: quod si fit; palam est eorum rationem concidere: aut si pergunt id tenere, convertant in se argumentum, sciantque eo hoc effici, eum, qui promisit per se non fieri, quominus habere liceat, omnino præstare debere, ne alius evicat: quod tamen minime volunt, et prius recte negaverant. Ita fit omnino, ut utrum elegerint, ipsi secum pugnent, non eam sententiam, quæ hoc loco ab Ulpiano tam diserte scripta est, ullo modo lædant. Sed tamen quia alia parte, qua nolunt, Ulpianum superiore objectione oppugnant, et ea pars hujus loci est, conabor non minus et eam objectionem hoc loco expedire. Scribit Ulpianus eum, qui promittit per se, venientesque a se personas non fieri, quominus emptori habere liceat, quatenus solum id facit, aliorum nomine non teneri, seu non præstare, quod alius evincat: quod et ab illo positum est in *d. L. ex empto, §. qui autem*; et hoc loco satis significatur. Quæritur, num sit contrarium, quod alibi constanter traditur, eum, qui promisit per se non fieri, non tantum promittere se non facturum, sed etiam se curaturum, ne alius faciat. Sic enim fit, ut nisi curaverit, alio evincente teneatur. *d. L. in illa. d. L. inter, infr. eod.* Dicimus inter ista optime convenire. Quod enim dicitur, eum, qui superius illud promittit, non vi-

deri præstare, ne alius evincat, sic accipiendum est: non ne quivis alius evincat, sed ne evincat alius quem ipse prohibere non potest. Quod si quem cura sua prohibere potuit, neque fecit, et rem ab eo evinci passus est, dicimus eum teneri. Neque id ideo tantum dicimus, quia diserte in simili genere stipulationis, quæ in non faciendo sit, hæc distinctio usurpata est ab eodem Ulpiano in *L. fluminum*, §. *quanquam*, *supr. de dam. infr.* sed etiam quia verbis ipsis maxime convenit id ita interpretari. Cum enim is facit, quem promissor prohibere potest, non minus promissor ipse facere intelligitur; ex quo illud dictum est in *L. nullum, infr. de reg. jur.* nullum crimen pati eum, qui scit et prohibere non potest. Quod autem dicitur, hunc ipsum, qui promittit per se non fieri, intelligi promittere se curaturum, ne alius idem faciat; non modo superiori distinctioni non adversatur, sed eam ipsam apprime confirmat. Qui enim promittit hoc se curaturum, de iis promittit, quos cura sua potest prohibere. Quod ad eos attinet, quos prohibere non potest; aut de his prohibendis nihil promitteret, quia nequidquam promitteret; aut si verbis de his promittat, inutilis promissio est, quia id promittat, quod per rerum naturam præstare non potest. Nam ut ne quis agat adversus emptorem meum, aut etiam meipsum, et omnino ne quis illi damnum det, aut injuriam faciat, nulla cura aut diligentia possum consequi. *L. ad eos, supr. com. L. si ea res, supr. de act. empt.* Quod etsi certam et expeditam rationem habet; tamen vererer, ne non cuivis statim posset probari, nisi hæc distinctio, ut dixi, in hoc genere stipulationum ab Ulpiano constituta esset in *d. L. fluminum*, §. *quanquam*, *supr. de dam. inf.* Nam et in stipulatione damni infecti reus promittit opus neque a se, neque ab alio factum iri, ex quo quid damni detur stipulatori loci, ædium operisve vitio, ut colligere est ex *d. L. fluminum*, §. *quanquam.* et §. *ult. de damn. inf.* his verbis opus a se non fieri, non minus promittit reus se curaturum, ne quisquam alius faciat, quam qui promittit per se non fieri, promittere intelligitur se curaturum, ne quisquam alius faciat; quod et Ulpianus in *d.* §. *quanquam*, confirmat, sed ita interpretatur, ut si opus fiat ab eo, quem promissor prohibere potest, stipulatio committatur; si ab eo, quem prohibere non potest, non committatur. Non est igitur dubitandum, quin ille sub una specie omnia, quæ diximus, in similibus omnibus statuat. Sed hic exoritur istorum ratio ex adverso. Volunt enim eum, qui promittit se curaturum, ne alius faciat, de omnium facto promittere, et promittere utiliter ita, ut quisquis contra faciat, ejus factum præstare debeat, quamvis eum quominus faceret, non potuerit prohibere. Etsi prius id negaverant: quia tamen nunc dicunt, de re videamus. Ego quidem nego, et falsum esse, ac quamobrem falsum sit, satis mihi paulo ante ostendisse videor. Probare tamen adversus Ulpianum conantur, et utuntur hoc argumento, quod qui promisit se curaturum, ut Titius det, aut faciat, placet eum omnimodo efficere debere, ut Titius det aut faciat; aut si id consequi non possit promissor, ipsum præstare debere. *L. ult.* §. *ult. supr. si cer. pet.* arg. §. *si quis alium*, *Inst. de inut. stip.* Sed multum interest, utrum quis promittat se curaturum ut Titius det faciat; an vero se curaturum, ne Titius det faciat. Prius recte promittitur, et omnino præstandum est; quia et præstari potest a promissore; ut enim Titius non det, aut faciat; certe est in potestate promissoris id ipsum dare aut facere, ut nihilominus stipulatori satisfiat. Posterius promittitur inutiliter, si quis de eo promittat, quem facientem prohibere non possit. Sive enim nondum Titius contra fecit, tamen obsistere ei quo minus judicio agat, non possumus: sive jam contra fecit, natura non patitur, ut quod factum est, infectum fiat. Præclare igitur omnia hic Ulpiano se habent, uti ab illo scripta sunt, suntque ejusmodi, quæ sint cum omnibus aliis locis, qui de vi ejusdem stipulationis scripti sunt, quam maxime consententia. Reliqua exsequamur.

Ad §. *Sed quatenus habere.* et ad §. *si quis forte.*

Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat; hoc est, neque ipse reus, neque heredes ejus, heredumve successores.

§. Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu vel de usu, vel de quo alio jure ejus quod distractum est: palam est committi stipulationem. Habere enim non licet ei cui aliquid minuitur ex jure quod habuit.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio habere licere, quo facto committatur.*
2. *Duæ evictionis partes: Controversia et rei ablatio*
3. *Quorum facto stipulatio hæc committatur.*
4. *Cujus rei nomine.*
5. *An ob evictionem servitutum prædiorum committatur hæc stipulatio.*

HIC docet, quando hæc stipulatio committatur. Summa autem est, tunc committi, cum promissor heresve ejus sic rei controversiam facit, ut eo facto aliquid minuatur stipulatori de eo jure, quod habuit. In quo tria complectitur, quæ distincte spectanda sint: primum quo facto stipulatio committatur: deinde quorum facto; tum cujus rei
1 nomine. † De facto si verba solum, quæ initio sunt, sequi volumus, dicemus committi hanc stipulationem auctore Ulpiano, si quis rei venditæ controversiam faciat: controversiam, inquam, nihil amplius; sic enim verba sunt: *sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat*, et mox: *si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio jure ejus quod distractum est; palam est committi stipulationem;* his verbis ad stipulationem committendam satis est controversiam factam esse, quod falsum est: rem enim auferri oportet. *L. habere, sup. de evict.* Sed quid sequatur, videndum est. Ita etiam de qua controversia sentiat, facile intelligemus. Subiicit autem superioris sententiæ rationem in hæc verba: *habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex eo jure, quod habuit.* Vult ergo aliquid minui, ita etiam eam controversiam intelligebat, qua aliquid minuitur, atque id ita fit, si quid auferatur. Et ita res habet: committitur hæc stipulatio re evicta *L. venditor, supr. de evict.*
2 † Evictio duas partes continet: controversiam, quæ judicio fit: *L. non tamen. supr. de evict. L. atqui natura. §. cum me. sup. de neg. gest.* et rei ablationem, quæ sententia judicis sequatur. *d. L. habere, de evict.* neque ideo perperam controversiæ solum meminit, ablationem prætermisit. Controversiam enim intellexit, quæ esset eum effectu, ut bene Accursius accepit: quo modo verba accipienda esse alibi præcipitur. *L. 1. supr. quod quis. jur. L. pen. §. docere, supr. ne quis eum, qui jus voc. est, vi exi.* Sed cur cum ad certitudinem præceptionis pertineret id exprimi, non expressit; quia apparet non fuisse ei propositum de ea parte ex professo agere, sed hoc posito controversiam hic esse necessariam, solum docere, a quibus moveri eam oporteret, et qua de re moveri satis esset. † De personis apertc dicit, non 3
aliis controversiam facientibus committi stipulationem, quam promissore, ejusque heredibus. Quod iis, quæ prius dixerat, consequens est. Nam si is, qui promittit emptori habere licere, aut non intelligitur promittere per alios, quam per heredem non fieri, quominus habere liceat; aut si id promittit, tamen inutiliter promittitur: perspicuum est aliis evincentibus, stipulationem, quæ de his nulla est, committi non posse. † In re de 4
qua fit controversia, quæque emptori eo judicio aufertur, nihil referre Ulpianus ostendit, quænam ea sit, dum sit possessio, aut ex jure ejus, quod distractum est: quo in numero sunt, proprietas, jus emphyteuticum, jus superficiarum, ususfructus, usus, habi-

tatio; quæ omnia ex verbis significatione respondentur. Est enim habere ita rem in potestate habere, ut justo possessori, et vero domino convenit. §. *habere, infr. ead. L.* quod ei facere non licet, cui aut possessio aut jus aliquod dominorum proprium aufertur. Cum autem dicit committi stipulationem *si quis controversiam fecerit de proprietate, vel usufructu, vel usu, vel quo alio jure*, his verbis, *vel quo alio jure*, aperte declarat se nullum jus excipere, quod sit ejus rei, quæ distracta est. Quo nihil verius, si modo jus ejus, quod distractum est, intellexerimus jus, quod rem distractam sequitur, seu quod re distracta emptori ex empto præstari debuit. Quod sine dubio Ulpianus intelligit, cum subjiciat postea habere non licere ei cui aliquid minuitur ex jure, quod habuit. Id habuit emptor, quod jure empti illi traditum est; et jure empti traditum illi, quod ex empto habere debuit. Quare si quid illi ex empto præstari non debet, id verbis superioribus non continetur, ac quominus impune auferri possit, hic locus non est impedimento.
5 † Hoc eo spectat, ut intelligatur non pertinere definitionem hujus loci ad servitutes prædiorum, etsi verba prima fronte id efficere videntur: proinde nec quidquam dici contrarium, cum in *L. pen. supr. de evict.* traditur evicta ab alio servitute, quæ fundum venditum tacite secuta sit, venditorem ob ejus evictionem non teneri. Quo et significatur ob eam evictionem non committi hanc stipulationem, quam tamen ob evictionem committi diximus. Etenim servitus, quæ a prædio vendito debetur, non est jus rei venditæ quod dominus prædii habere possit: cum id jus alii debeatur. Ipsa libertas rei venditæ, ejus quidem rei jus est, si quis eam una cum re tradat, sed non est ejusmodi, quam venditor ex empto debeat præstare, nisi nominatim fundum vendat, uti optimus maximusque est, ut in *ead. L. pen.* scriptum est. Merito igitur, et quidem maxime de sententia hujus loci eam libertatem emptori impune auferri dicimus ab eo, cui servitus debita fuerit, tanquam rem quæ non sit ex eo jure, quod emptor vel habuerit, vel etiam jure emptionis habere debuerit. Sed de hac parte evictionis ad hujus loci explicationem plura scripsi in *Commentario de evictione*.

Ad §. *Quæsitum est.*

Quæsitum est, utrum propriam demum rem, an et alienam promittere possit habere licere. Et magis est ut et aliena promitti possit, quæ res ita effectum habebit, si propria esse promissoris cœperit. Quare si perseveraverit aliena, dicendum erit stipulationem non committi, nisi pœna adjecta sit: cum neque per eum, neque per successorem ejus quicquam factum sit.

SUMMARIA.

1. *Rem alienam vendens inutiliter promittit emptori habere licere, et cur.*
2. *Duo casus excipiuntur: Si res postea venditoris esse cœperit, et si pœna stipulationi adjecta sit.*
3. *Stipulatio*, habere licere, *quæ de re aliena ab initio inutilis est, quomodo convalescat re postea promissoris facta.*
4. *Pœna adjecta, si res quamvis aliena manens, evicta tamen a domino sit, stipulatio committitur.*
5. *De promissore in aliena potestate constituto, remissive.*

Certum est rem alienam vendi posse. *L. rem alienam, supr. de con. em.* Certum et illud, eum, qui vendiderit, præstare debere emptori habere licere, ac nisi præstet, evictionis nomine ex empto teneri emptori. *L. ex empto, in pr. L. servus quem, §. ult.*
1 *supr. de oct. em.* † Sed tamen qui rem alienam utiliter vendidit, inutiliter promittit hoc ipsum, rem emptori habere licere. Sive enim promittit alium non esse evicturum, inutiliter factum alienum promittit, ut initio dictum est: sive de se promittit; tamen hoc quoque promittit inutiliter, quandiu res aliena erit: quoniam rem alienam, etiam si velit,
judicio auferre non potest. † Sed hoc, inquam, quandiu res aliena erit; cæterum 2

ita utilis erit stipulatio, si res postea esse cœperit venditoris, ejusdemque promissoris; aut pœna stipulationi sit adjecta. Re venditori postea quæsita, est, quod venditor possit vindicare, et judicio auferre emptori, si emptor nulla exceptione eum summoveat.
3 *L. vindicantem, supr. de evict.* † Quod si fit, non eo minus adversus promissorem committetur stipulatio, quia ab initio cum promittebat, res aliena fuerit, ac de re aliena sit stipulatio inutilis. Cavit enim venditor de re, quo tempore aliena erat: sed cautio collata in id tempus, cum res ejus facta esset: promisit enim emptori rem habere licere per se, heredemque suum. Frustra, nisi de ea re id promittitur, de qua promissor efficere potest, quominus emptori eam liceat habere. Nec potest id efficere de alia, quam de sua, quæve ad jus ejus pertineat. Sic autem stipulatio semper accipienda est in re ambigua, ut aliquid egisse videatur. *L. quoties in stipulationibus, infr. eod.* Et præterea cum hæc verba, HABERE LICERE, generaliter concipiantur in omne tempus, et quod nunc est, et quod postea quandoque futurum est, quo fieri potest, ut rem habere non liceat: convenit utrumque saltem verbo generali contineri. *L. si servitus, supr. de ser. urb. præd.* † 4
Quod ad pœnam attinet, pœna adjecta facit, ut quamvis res aliena maneat, tamen alio evincente, qui vere sit dominus, pœnæ stipulatio committatur, quod et initio generaliter Ulp. posuerat. Sed hæc de eo dicta sunt, qui sit sui juris. † In his, qui in aliena 5
potestate sunt, si promittant habere licere emptori, etsi de re aliena promittunt: tamen ideo promissio valet, quia personarum ratio aliam admittit verborum interpretationem; qua recepta nihil est stipulationi impedimento, de quo dicetur in §. *hi qui, infr. eod. L.*

Ad §. *Si autem.*

Si autem ex parte rei successores ejus cum ipso tenentur: ita, etiam ex parte actoris committitur stipulatio, ipsi stipulatori cæterisque quicunque ei succedunt, scilicet si rem ipsi habere non licuerit; cæterum si alii habere non licuit: certo certius est non committi stipulationem; et nihil intererit, utrum ita stipuler, ***habere licere;*** an, ***mihi habere licere.***

SUMMARIA.

1. *Stipulatio et promissio defuncti ad heredes, etiam nulla a contrahentibus facta heredum mentione, pertinet.*
2. *Lectio Florentina notata.*
3. *Successores hoc loco, qui.*

1 Si heres in locum et jus defuncti succedit; *L. quædam*, §. 1. *supr. de eden.* denique si eadem persona est cum defuncto: *novel. de jur. a mor. præs.* quicquid de se defunctus cavet, sive stipuletur, sive promittat, id et ad heredes pertinere necesse est, etiamsi contrahentes nullam heredum mentionem fecerint. Et hoc est, quod dicitur heredem eodem jure uti debere. *L. qui in jus, infr. de reg. jur.* Proinde et in stipulatione proposita, qui stipulatur habere licere, aut nominatim sibi habere licere, etiam heredibus cavere intelligitur: idque ad omnem conventionem pertinet: *L. si pactum. supr. de prob.* ut dicendum sit hanc stipulationem committi non tantum ipsi stipulatori, si ei habere non liceat, sed etiam ejus successoribus, si ipsis
2 non liceat rem habere; † ideoque manifestum mendum esse, eum in Pandectis Florentinis, et aliis exemplaribus legitur, committi stipulationem cæteris, quicunque stipulatori succedunt; *scilicet si rem ipsi habere non licuerit:* pro quo legendum est, *scilicet si rem ipsis.* Nam profecto si stipulatori ipsi non liceat rem habere, stipulatio ipsi commissa est, non ejus heredibus, quamvis commissæ actio ad heredes transeat. Idem vice versa et in promissoris heredibus admittendum est. Si quis indefinite promittat habere licere, aut nominatim per se non fieri, quominus emptori habere liceat, quamvis nihil adjiciat de heredibus, tamen heres in stipulationem eodem jure succedit. §. *ult. Inst. de loc.* † 3
Successores hoc loco ubique nominat Ulpianus: quo verbo juris successores continentur, idest, heredes; non singularum rerum suc-

cessores, puta hi quibus stipulator aut promissor rem postea donavit, vel legavit. Ut et fit in edicto *de edendo*, cum argentarii successores nominantur. *L. si quis*, §. 1. juncta *L. quædam* §. 1. *supr. de eden.* Itaque neque si hi rem ab emptore acceptam venditori evincant. committitur stipulationem; neque si iis res a venditore accepta evincatur, stipulatio ip.is committetur. Optima ratione: ut enim emptor alios quam heredes obligare non potest: *L. pen. C. ne ux. pro mar. L.* 1. *C. ne fil. pro pat.* Ita nec quisquam liberæ personae, cujus juri subjectus non est, actionem acquirere. *L.* 1. *C. per quas pers. nob. acq. L. quæcunque, supr. de obl. et act.*

Ad §. *Hi qui sunt.*

Hi qui sunt in aliena potestate, his in quorum sunt potestate, *habere licere stipulari possunt:* ea ratione qua cætera quoque his possunt stipulari. Sed *si servus fuerit stipulatus sibi habere*, quæsitum est an recte stipulatus videatur. Et ait Julianus libro quinquagesimo-secundo digestorum, *si servus stipuletur sibi habere licere, aut per se non fieri quominus habere stipulatori liceat, promittat:* stipulatio (inquit) non committitur, quamvis auferri res ei, et ipse auferre eandem possit. Non enim factum, sed jus in hac stipulatione vertitur. Cum vero stipulatur, *per promissorem non fieri quominus sibi ire agere liceat:* non jus stipulationis, inquit, sed factum versatur. Sed videtur mihi, licet juris verba contineat hæc stipulatio, *habere licere:* tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filiofamilias videatur actum esse de possessione retinenda, aut non auferenda, et vires habeat stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Servus quatenus sibi habere licere inutiliter stipuletur et promittat, quatenus utiliter.*
2. *In ambigua oratione semper id agendum, ut res valeat potius, quam pereat.*

1 Quæritur, an servus stipulari possit *sibi habere licere*, aut ipse promittere alteri. Quæstio est in verbi, HABERE, significatione, et in eo, quid de ea significatione inter se contrahentes senserint. Habere dupliciter accipi Ulpianus postea docet in §. *habere*. Nam et eum dici habere, qui dominus est, et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet. Prius si accipimus, frustra stipulatur servus sibi habere licere. Hoc enim stipulari intelligitur, sibi rem habere licere ut suam, sive dominii jure. Nihil autem suum habere servus potest. §. *item vobis, Instit. per quas pers. nob. acq.* Quæ res facit, ut neque illi quidquam præstari possit ex ea stipulatione, neque quidquam illi auferri, quo ablato stipulatio illi committatur. Sed et frustra promittit per se non fieri, quo minus stipulatori vel dominium, vel quod aliud jus obtinere liceat. Prius est enim, ut quis ista habeat, quam ut vindicando possit illa alteri auferre. Quod si posterius accipimus, nihil est impedimento stipulationi. Nam et stipulando *sibi habere licere*, stipulari intelligitur possessionem nudam, seu detentionem sibi habere licere: et contra promittendo per se alteri habere licere, hoc cavere intelligitur, se detentionem hanc stipulatori non ablaturum. Detentio et ipsi præstari potest, et ipse eam alteri præstari. Eadem ipsi auferri, et ipse eam auferre alii, quo stipulatio et ipsi committatur, et ipse eam alii committat; eademque et in filiofamilias dicenda sunt in his, quæ patri acquiruntur. Sed utrum potius accipimus? Julianus priorem verbi significationem secutus ut propriam et usitatam, existimavit in servo, et filiofamil. inutilem esse et stipulationem et promissio-

nem: non enim, inquit, factum, sed jus in hac stipulatione vertitur: *factum* appellans detentionem, quæ facti est: *jus* autem dominium, quod in jure, non in factum consistit. Ulpianus autem in cæteris personis admittens, quod de verbi significatione Julianus scripserat, putat in filiofamil. et servo, de quibus nunc agitur posteriorem significationem sequendam, ut ita stipulatio valeat: non quod proprie *habere*, non id significet, quod Julianus dixit: ex quo sensu huic assentiens Ulpianus fatetur hanc stipulationem verba juris continere: sed quod de posteriore significatione etsi impropria inter contrahen-
tes actum videatur, inquit Ulpianus. † Re- 2
ctissime. Si actum est, non dubium est, quin id sequi oporteat, *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur. arg. L. non aliter, supr. de leg.* 3. Id autem actum esse ex eo intelligitur, quod nisi id fit, inutilis est stipulatio. Qua ratione placuit semper id agendum esse in ambigua oratione, quoad per verba licet, ut res valeat potius, quam pereat *L. quoties in stipulationibus, infr. eod. L. quoties, sup. de reb. dub.*

Ad §. *Hæc quoque stipulatio.*

Hæc quoque stipulatio, *possidere mihi licere spondes?* utilis est; quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus: sed quamvis civili jure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est: et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. §. Plane si *tenere sibi licere stipulatus sit servus:* utilem esse stipulationem convenit. Licet enim possidere civiliter non possint: tenere tamen eos nemo dubitat.

SUMMARIA.

1. *Servus tenere sibi licere utiliter stipulator.*
2. *Servus possidere sibi licere, an recte stipulatur, et quid sit possidere.*

Quo certius sit verum esse, quod de verbo *habendi* supra dixerat Ulpianus, nimirum id improprie accipi debere pro *tenere* in stipulatione superiore, cum aliter stipulatio valere non potest; hoc idem faciendum esse docet in cæteris similibus verbis, cum stipulationis utilitas exigit: veluti, si servus stipuletur sibi possidere licere. † Te-
1 nere sibi licere si stipuletur, quin utilis sit stipulatio, nulla dubitatio est, et de eo su-
2 pra diximus. † At hic possidere stipulator frustra, si verbi proprietatem et usum sequi volumus. Est enim possidere, affectu et animo dominantis tenere, ut Theoph. definit in §. *idem placet. Inst. per quas pers. nob. acquir.* et recte, idque ex sententia ejus. §. *et L. quæcunque.* §. 1. *supr. de publician.* Hoc autem servus jure Civili facere non potest, quem diximus nihil suum habere posse. Unde dicitur servus Jure Civili non possidere, *L. quod servus. L. possessio.* §. 1. *supr. de acq. poss.* Sed abusive qui tenet, etiam possidere dicitur. De hac vero possessione actum esse intelligimus, cum servus stipulatur sibi possidere licere, eritque hoc modo stipulatio utilis: scilicet quia alia possessio, sive detentio in servum non cadit, eoque nisi hanc intelligimus inutilis futura est stipulatio; quod est contra sententiam contrahentium. Observandum est naturalem possessionem hic opponi ei, cum quis Jure Civili possidet, et Jure Civili dici possidere, qui et postea dicitur possidere civiliter. Ex quo intelligi potest, quo sensu dicatur alibi civilis possessio, et quo naturalis. Sed de eo suo loco dicendum est.

Ad §. *Habere dupliciter.*

Habere, dupliciter accipitur. Nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est; et eum qui dominus quidem non est, sed tenet. Denique habere rem apud nos depositam solemus dicere.

SUMMARIUM.

1. *Quo referri debeat, quod de dupli significatione verbi*, Habere, *hoc loco subiicitur.*

1 Non recte Ulpianus definierat supra eum servus stipulatur *sibi habere licere*, hoc ad possessionem nudam et detentionem referendum esse, si hæc detentio *habendi* verbo non significatur; nihil enim venit in stipulationem, nisi quod verbis expressum est. *L. quidquid, infr. eod.* Ideo disputationem de servi et filiifamil. stipulatione institutam concludens, et velut superiori dubitationi occurrens, in eoque sententiam suam magis confirmans docet eum superius illud affirmavit, nihil eo a se factum præter verbi significationem, ne quis forte eam sententiam ob hanc caussam repudiet. Nam et verbum *habere* in usu loquendi accipi pro *tenere*; *quod* pro conditione rerum, et personarum, in quas dominium, aut jus aliud non cadit, interpretandum est. Huc referri debet, quod de duplici significatione verbi *habere* hoc loco subiicit.

Ad §. *Si quis ita stipulatus fuerit.*

Si quis ita stipulatus fuerit, *uti frui sibi licere:* ad heredem ista stipulatio non pertinet. §. Sed et si non addiderit, *sibi:* non puto stipulationem de usufructu ad heredem transire: eoque jure utimur. §. Sed si quis *uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit:* videamus an heres ex stipulatu agere possit. Et putem posse: licet diversi sint fructus. Nam et *si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere:* idem probaverimus.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio, qua aliquid nobis facere licere stipulamur, quo casu ad heredes non transeat.*
2. *Stipulatio, qua uti frui sibi licere quis stipulatur, quas ob caussas ad heredem non transferatur.*
3. *Stipulatio uti frui licere impersonaliter concepta heredi non acquiritur, et cur.* et n. 6.
4. *Aliud esse usumfructum, aliud uti frui: et aliam esse stipulationem, qua stipulamur usufruct. aliam qua stipulamur uti frui licere.* et n. 12.
5. *Ex stipulatione*, Mihi heredique meo uti frui licere, *heres recte agit.*
7. *Heredis appellatio hic de primo tantum herede, non etiam de aliis successoribus accipienda.*
8. *Heres in proposito qua actione et ad quid agat.*
9. *Nova cautio fructuaria an ab herede interponanda.*
10. *L.* 3. §. Si usufr. supr. usufr. quem ca. *explicatur.*
11. *Stipulationes* uti frui licere, et ire agere licere. *recte inter se ab Ulpiano comparari: et quæ inter eas constitutione Justiniani introducta sit differentia.* n. 13.

PER occasionem superioris disputationis et hæc quoque pars de stipulatione *uti frui* licere nata est. Prius scripserat; cum quis stipulatur habere licere, stipulationem per-

tinere etiam ad heredes, sive in stipulatione
1 heredum mentio facta sit, sive non sit. † Ne quis id sic accipiat, quasi locum habeat in omni stipulatione, qua aliquid nobis facere licere stipulamur; exemplo duorum generum hoc loco docet non pertinere ad eas stipulationes, quibus, quis id, quod personæ cohæreat, stipulatur : veluti, uti frui licere; ire agere licere. Stipulatus quis est, uti frui licere, et addit *sibi*. Non dubitabant veteres, quin hic stipulatio non transferretur ad he-
2 redem. † Nam præterquam quod facta omnia personæ cohærere statuebant, ut licet intelligere ex §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. ser. et L. veteris, C. de cont. et com. stip.* accessit etiam, ut sibi tantum nominatim caveret stipulator. Frustra, nisi ideo adiiceit, ut aliorum personarum excluderet. Tunc potuit dubitari, cum impersonaliter quis stipulatus est, uti frui licere: nam de personis tacens nihil addit, quo videretur heres exclu-
3 sus. † Sed etsi non addiderit *sibi*, non putat Ulpianus stipulationem ad heredem transire. Recte: non enim heres verbis stipulatoris, sed re ipsa excluditur : non solum quia factum continetur hac stipulatione, cujus generis omnia, ut dixi, existimabant veteres esse personalia: sed est etiam stipulatio facti de ea re, quam etsi aperte stipularetur quis, tamen ad heredes transire non posset. Is est ususfructus; quem constat morte fructuarii finiri. *L. 3. §. ult. sup. quib. mod. us. amit. §. ult. Inst. de usuf.* Nam quod dicitur, unumquemque dum sibi paciscitur et cavet, etiam heredibus suis cavere videri; *L. si pactum. supr. de prob.* ad ea quæ personæ cohærent, non pertinet. *L. non solum*, 8. §. *tale, sup. de lib. leg.* qualis est ususfructus. *d. L.* 3. §. *ult. quib. mo. us. amit: L. 5. supr. de us. et usuf. leg.* Etsi autem hic stipulatio, est de facto, qua stipulatur quis, uti frui li-
4 cere, (quod † cui licet, non continuo est fructuarius; cum fieri possit, ut non sit alicui in fundo constitutus ususfructus, qui rem alienatam sequatur : et tamen ei liceat per dominum, seu per promissorem eo fundo uti frui) tamen dicitur hic stipulatio de usufructu; quia ut plurimum interponi solet ab eo, qui usumfructum jure constitutum habet, ut sit ea stipulatio quodammodo traditionis vice, quomodo et in servitutibus prædiorum constituendi cavendum esse veteres monebant, per te non fieri quominus eo jure uti possim. *L. quoties, ult. supr. de ser.* Nisi quis malit hic numen positum pro gerundio, ut dicatur stipulatio de usufructu pro, de utendo fruendo; ut alibi novatio a novo, pro a novando. *L. 1. infr. de novat.* et damnum a deminutione, pro a deminuendo. *L. 3. supr. de damn. infr.* Sed hæc de eo dicta sunt, qui aut stipulatur sibi tantum habere licere, aut stipulatur impersonaliter, idest, ita, ut neutrubi heredum personam
adiiciat. † Quod si quis stipulatus sit, uti 5
frui licere sibi, heredique suo, scribit Ulpianus putare se heredem ex stipulatu agere posse, et addit, *licet diversi sint fructus*. Non temere hoc addit : faciebat enim ad dubitationem, quam his verbis removet, et se ea non moveri ostendit. Diceret enim aliquis nihil ad heredem transire posse, quod prius defuncti non fuerit; si modo recte definitur hereditas, successio in universum jus, quod defunctus habuit. *L. nihil aliud, infr. de ver. sig. L. hereditas, infr. de reg. jur.* At neque is usufructus, cujus petionem heredi damus, neque ejus actio aut obligatio unquam penes defunctum fuit : quoniam non is est, qui olim defuncto constitutus erat, sed alius. Quare non videtur ejus ususfructus stipulatio posse transire ad heredem. Ulpianus hac objectione contempta satis habet sententiam suam hoc argumento probare : quod si quis ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaremus. Nam est satis, inquies : quid enim ad objectionem dicimus? et quid si argumentum in eandem reprehensionem incurrit? Et mihi videtur ionuere Ulpianus, nihil objectionem ad rem pertinere. Diversi quidem sunt fructus, quorum unus, is nimirum, qui ab herede petitur, a defuncto esse non possit : sed de usufructu nunc non agitur, quasi quem heres succedendo obtineat; verum de stipulatione. Hæc vero olim defuncti fuit, etiam si in personam heredis concepta est, hoc animo illi quæsita, ut eam moriens heredi traderet. Nisi forte dicimus defunctum heredi suo solum stipulari non posse, quod non ita est. Unusquisque enim heredi stipulando sibi ipsi stipulari videtur, postquam heredis et defuncti una eademque persona esse existi-
matur; Nov. *de jur. a mor. præf.* §. *ult.* † 6
Sed si heredi stipulationem acquirit, qui heredi nominatim stipulatur, cur non etiam acquirere intelligitur is, qui impersonaliter, ac non sibi tantum stipulatur : cum existimetur ita quisque affectus esse, ut heredi etiam cautum velit? *d. L. si pactum, supr. de prob.* Quia natura ususfructus, seu utendi fruendi certa est; a qua nisi aperte discedisur, necesse est videri intra hanc consistere contrahentes. At contra pacisci licet, et quod convenerit, ratum est: ut in deposito licet convenire, ut culpa præstetur : *L. si convenit, §. sæpe, supr. depo.* in commodato, ne

præstetur. *L. si ut certo*, §. *interdum*, *supr. com.* Ae nisi id fit, rerum naturam sequimur, idest, nihil amplius præstatur, in deposito, quam dolus: in commodato præstatur et dolus, et eulpa, et negligentia. *d. L. si ut certo*,
7 §. *nunc videndum*. † Sed verba Ulpiani expendenda sunt. Ait heredem agere posse: Heredem primum intelligere debemus: nam ad heredem heredis stipulatio, vel legatum usufructus non pertinet, ne inutilis fiat proprietas semper abscendente usufructu, ut est
8 constitutum *L. antiquitas*, *C. de usufr.* † Ait heredem agere posse et stipulatu. Non ergo usumfructum vindicat, ut defunctus, si forte ei ususfructus constitutus erat: sed agit in personam, non in hoc utique, ut sibi ususfructus constituatur (neque enim stipulatio hæc continuo usumfructum continet, eum aliud sit usufructus, aliud uti frui, possitque uti frui, qui usumfructum non habet) sed in id, quod sua interest, si per promissorem, heredemve ejus fiat; quominus utatur fruatur. Quanquam etsi usumfructum sibi, heredique suo quis stipulatus esset, non tamen usumfructum vindicaret heres, sed ut sibi constitueretur, in personam ex stipulatu ageret. *Diversi sunt fructus*, inquit Ulpianus. Nam qui defuncto constitutus erat, morte ejus extinctus est. Ex quo necesse est eum, qui nunc petitur, alium esse, et novum usumfructum; unde et hic repeti dicitur *L. repeti*, *supr. quib. mod. us. amit.* quem si heres habere velit, dari ei oportet. *L. 3. supr. de usuf. et quem. quis. uta.* Hoc autem conse-
9 quetur ex stipulatu actione. † Quæ si ita sunt, nihil potest dici verius, quam quod quidam scripserunt, prioris ususfructus, qui et finitus est, evanescere satisdationem: et ab herede, si ei ususfructus præstetur, uti hic novus est, ita novam cautionem exigendam. Atque haud scio, an usquam id probetur magis, quam *L. 3. §. si usufr. supr. ususfr. quem. ca.* quo tamen loco ad id reprehen-
10 dendum nonnulli utuntur. † Scribit enim Ulpianus, si repetitus sit ususfructus, ut nunc accidisse proponimus; tamen quotiescunque amissum fuerit, committi istam stipulationem; fructuariam autem intelligit, quam dominus rei a fructuario stipulatus est, finito usufructu sibi restitui, quod ex re fructuaria exstabit. *L. 1. eod.* Ergo in proposito et mortuo eo, qui usumfructum stipulatus erat sibi, heredique suo, dominus jure rem suam repetet ex stipulatione fructuaria. Sed ita, inquit, *nisi ei utiliter fuerit cautum*, et ad eam rem *exceptione erit opus*. Quibus verbis aperte significat mortuo priore fructuario, et finito ejus usufructu desiisse cautum esse. Nam si præcedens cautio maneret, quia semper domino cautum esset, nunquam eveniret, ut committeretur stipulatio fructuaria. Vult igitur Ulpianus heredem, in cujus persona repetitur usufructus, ita rem restituere debere ex ea stipulatione, nisi iterum caveat; cæterum ipsum cavere utiliter debere; idque si faciat, vel cautum offerat, posse rem retinere, et in eam rem uti posse doli
mali exceptione. † Quod Ulpianus istas sti- 11
pulationes inter se comparat, *uti frui licere*, *et ire agere licere*, in eo ne ad heredem transeat, nisi nominatim mentio heredis adjecta sit; nihil potuit fieri melius. Sive enim in illa stipulatione, *uti frui licere*, factum tantum contineri intelligimus, quod est verius, sive etiam usumfructum: utrumque tale est, ut personæ stipulantis cohæreat. *d. L. 3. §. ult. quib. mo. us. amit.* At cohærebant veteribus et facta et nuda, quale est ire, agere ut constat ex §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. ser.* At enim stipulatio viæ, itineris perpetua est, et ad heredes transit. *L. 3. §. ex his*, *supr. eod. L. heredes*, §. *an ea. supr. fa. ercisc.* Quo argumento existimet Accursius non bene per omnia inter se ista comparari. Sed non videt aliud esse iter, aliud ire agere. *Iter* servitus est, res jure consistens; nempe jus eundi. Ire factum est, quod etiam ei tribui potest, qui servitutem in fundo constitutam, aut qui ipse vicinum fundum non habeat. Ideo de stipulatione viæ, itineris in stipulationibus dandi agitur in *L. 2. §. 1. supr.* De stipulatione *ire agere licere*, agitur inter eas stipulationes, quæ in faciendo con-
sistunt. *d. L. 2. §. pen. supr.* † Quod ipsum 12
certissimum argumentum est ejus, quod supra posui, aliud esse usumfructum, aliud uti frui; et aliam esse stipulationem, qua stipulamur usumfructum, aliam, qua stipulamur, uti frui licere; etsi iter et via nisi in eundo agendo, ususfructus nisi in utendo fruendo non consistant. *L. servitutes prædiorum. L. viæ*, *supr. de ser. L. uni. in pr. supr. quan.*
di. us. leg. ced. † Et hæc quidem recte com- 13
parabantur olim, cum placeret facti stipulationes personæ stipulantis cohærere videri. §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. ser.* Post constitutionem autem Justiniani *L. veteris*, *C. de cont. et com. stip.* qua cautum est, ut stipulationes, quæ in faciendo sunt, non minus ad heredes transeant, quam si essent in dando, quamvis heredum mentio facta non sit; non in contrarium jam comparantur istæ stipulationes, quasi pariter transeat ad heredes: sed hæc introducitur inter eas differentia, ut illa quidem stipulatio *ire agere licere*, etiam sine alla heredum mentione ad heredes tran-

seat juxta constitutionem, cum servitutis natura id non prohibeat: at illa, quæ est de utendo fruendo, non transeat, repugnante rei, de qua agitur, natura. Versatur quidem in ea factum, sed factum de ea re, quæ etsi aperte in stipulatum deducta esset, tamen morte utentis finiretur, ne, ut dixi, inutiles perpetuo fiant proprietates. Quod jus etiam num constitutionibus Justiniani omnibus, quæ sunt sub Titulo. *C. de usufr.* retentum est, præcipue autem in *L. antiquitas.* Nec vero minus superior ratio ad eos pertinet, qui stipulantur *uti frui licere*, quam ad eos, qui stipulantur usumfructum.

Ad §. *Si quis dolum malum.*

Si quis dolum malum promissoris, heredisque ejus abesse velit, sufficere, *abesse, abfuturumque esse*, stipulari; si vero de plurium dolo cavere velit, necessarium esse adjici, *Cui rei dolus malus si non abest, non abfuerit: quanti ea res erit tantam pecuniam dari spondes?*

SUMMARIA.

1. *Stipulatio* Dolum abesse, abfuturumque esse *quid contineat.*
2. *Dolum malum abesse abfuturumque esse simpliciter stipulans, de promissoris et heredum ejus dolo tantum utiliter sibi cavet.*
3. *Pœna huic stipulationis adjecta de extraneorum dolo etiam utiliter cavetur.*

1 UT in illa stipulatione, habere licere, promissor infinite de facto non tantum suo, sed et heredum, et omnium etiam extraneorum spondere intelligitur, ut initio capitis hujus dictum est: ita et in hac stipulatione, *dolum malum abesse, abfuturumque esse.* Hoc enim dicere intelligitur promissor, dolum abesse, abfuturumque esse a se, ab heredibus, et denique ab omnibus etiam extra heredem. An erga recte cavetur et utiliter de omnium facto isto modo? Et quod de superiore stipulatione prius dixerat in principio capitis, idem et de hac posteriore tenendum esse docet: significans quod tum dixit, non unius alicujus speciei proprium jus esse, sed esse jus in omnibus perpetuum, inutiliter eum ab heredibus discesseris, factum alienum promitti, nisi pœnam ad-
2 jeceris. ✝ Ergo hoc dicit, si quis de dolo promissoris et heredum ejus tantum sibi cavere velit, sat habere eum stipulari simpliciter dolum malum abesse, abfuturumque esse: nec ei necesse pœnam adiicere; ut promissore, aut herede ejus dolo quid faciente stipulatio committatur: quoniam verbis generalibus omnium dolus et factum continetur. Inutiliter quidem extraneorum promissoris autem et heredum ejus inutiliter. ✝ Sin 3
autem velit quis sibi cavere etiam de aliorum dolo, id eum ità consequi posse, si pœnam adiiciat. Sic enim fiet, ut aliis contra, quam cautum est, facientibus, stipulatio pœnæ, cujus præstatio in facto, idest, in datione promissoris sita est, committatur. Cæterum omissa pœna inutiliter de aliorum dolo cavebitur. Quod totum de hac specie tam dilucide traditum est in *L. novissima*, *inf. jud. sol.* ut mirum sit esse adhuc, qui hic tergiversentur: et cum clare scriptum sit, stipulationem hanc ob dolum extranei non committi, nisi pœna promissa sit: tamen nescio quid quærant, non quo ista interpretentur, sed quo probent in summa stipulationem, etiam sine ulla pœnæ adjectione de omnium dolo, etiam extraneorum adversus omnium veterum auctorum manifestas sententias esse utilem. In quo quam nihil afferant, cur nos in hac re contra moveri oporteat, initio capitis satis docuimus. *

Ad §. *Suæ personæ.*

Suæ personæ adjungere quis heredis personam potest. §. Sed et adoptivi patris persona conjungi poterit.

S U M M A R I A.

1. *Heredi et patri adoptivo utiliter quis stipulatur.*
2. *Adoptivus pater cur heredi comparetur.*

1 UT in rebus et factis † quamvis personæ cohærentibus, tamen heredi stipulari, possumus, ut ad eum stipulatio transeat, de quo dictum est in §. *si quis ita, supr.* ita in his quoque recte stipulamur et patri adoptivo, ut adoptione secuta ad eum perveniat earum
2 rerum stipulatio. † Bene Ulpianus istas personas comparat. Successionis enim species quædam est arrogatio, quo fit, ut arrogatus ipse, et una arrogati bona in jus et potestatem arrogatoris transeant quasi successionis jure. *Inst. de acquis. per. arro.* Idem fit in patre adoptivo, cum adoptio secundum formam constitutionis Justiniani transigitur, de qua in *L. pen. C. de adopt. et §. 1. Inst. eod.*

Ad §. *Inter incertam.*

Inter incertam certamque diem discrimen esse, ex eo quoque apparet, quod certa die promissum, vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur; et qui promisit, *si aliquid factum sit: vel cum aliquid factum sit:* nisi cum id factum fuerit, dederit: non videbitur fecisse quod promisit.

S U M M A R I U M.

1. *De vi et potestate diei stipulationibus adjecti, remissive.*

1 Quæ de die certa et incerta hoc loco dicuntur, affecta quædam sunt ejus juris, quod velut ex professo de toto genere diei adjecti traditur in *L. eum, qui calendis, 41. §. ult. infr. eod.* ac nisi eo jure ante cognito, satis quam rationem ista habeant, explicari non potest. Eo mihi constitutum est de vi et potestate diei adjecti eo loco semel dicere.

Ad §. *Alteri stipulari.*

Alteri stipulari nemo potest præterquam si servus domino, filius patris stipuletur, inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest; cæterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit: sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.

SUMMARIA.

1. *Stipulationis finis quis.*
2. *Stipulari sibi cuique licet: alteri nemo potest;* et n. 10. 19
3. *Stipulari alteri cui jus non concedat, cum tamen alterius conditionem meliorem facere, et per liberam personam possessionem, et per possessionem dominium acquirere liceat,* et n. 5.
4. *Ratio superiori definitioni a quibusdam falso accommodata refutatur.*
6. L. Ea quæ, supr. de acquir. rer. dom. *explicatur.*
7. *Verbum* Interesse *quomodo hoc loco accipiatur.*
8. *Servum domino, filiumfam. patri stipulando acquirere, nec utilis præterea idem tributum.*
9. *Extraneus alteri stipulando ne utilem quidem actionem ei acquirit.* et n. 56. *Excipitur casus* n. 63.
11. *Promissor an saltem naturaliter obligetur cum quis alteri est stipulatus.*
12. *Stipulatione in alterum collata si promissor nec civiliter nec naturaliter obligatur, qui fiat, ut multis in caussis ei, qui alteri stipulatus est, actio dari dicatur.*
13. *Duobus stipulatorum generibus hoc tributum, ut licet alteri stipulentur: stipulatione tamen commissa actio eo nomine acquiratur.*
14. *Ratio vera et unica ejus juris, quo pater filio, dominus servo recte dicitur stipulari.* et n. 16.
15. *Pater factum, quod in filii personam tantum confertur, item jus, quod per filium ei non acquiritur; inutiliter filio stipulamur.*
17. *Duobus modis contingit, ut nostra intersit dari alteri, cui stipulati sumus.*
18. *Stipulans quod sua interest, sibi, non alteri stipulari intelligitur.*
20. Alter *quidam natura est quidam juris interpretatione.*
21. *Tribus modis fit, ut quis eadem persona cum eo, cui stipulatur, esse intelligatur.*
22. *Tria genera eorum, qui alteri stipulando salva recta acquirendi ratione ei acquirunt, nec plura,* et n. 55. 61.
23. *Servi et filiifam. nostri; cur potius quam quivis alii extranei nobis stipulando nobis acquirant.*
24. *Servi et filiifam. cur cum patre dominove eadem persona esse existimentur potius, quam alii quivis officii caussa istis stipulantes, cum natura pariter omnes homines distinxerit.*
25. *Quacunque ex caussa, quocunque ex genere peculii, etiam Castrensis filius stipulatur patri, id solidum patri acquirit.* et n. 28.
26. §. Ei vero, Inst. de inut. stipul. *explicatur.*
27. Princip. tit. Inst. per quas pers. nob. oblig. acq. *illustratur.*
29. *Dominorum loco qui habeantur.*
30. *Regula, per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus, declaratur.*
31. *Servus publicus cui stipulando acquirat, et quomodo.*

32. *Servus publicus pupillo stipulando acquirens, ad quod genus ex tribus supra propositis referatur.*
33. *Tabelliones, qui vulgo Notarii publici, an pro servis publicis habendi, et an civibus stipulando acquirere possint.*
34. *Stipulans sibi heredique suo, heredi obligationem acquirit.*
35. *Heredi soli stipulari et cavere an possimus, et qua ratione.* et n. 38.
36. L. un. C. ut act. ab her. et cont. her. inc. *illustratur.*
37. *Stipulationes post mortem conceptas cur rejecerint veteres.*
39. *Ratio juris in hujusmodi stipulationibus a Justiniano introducti demonstratur.*
40. *Heredi stipulari quid possimus.*
41. *Stipulari ne ab herede petatur quod ille proprio nomine, non hereditario, debet, an defunctus possit.*
42. *Uni ex pluribus heredibus, an a defuncto recte caveatur: et quod uni ex heredibus cautum est, an omnibus necesse sit acquiri.* et n. 44. 47.
43. L. Continuus. §. ult. infr. h. t. *declaratur.*
45. L. Veteris. C. de cont. et comm. stip. *explicatur.*
46. *Bartolus et similes notati.*
48. *Stipulantes uni ex heredibus, totumne, quod in stipulationem deductum est, an pro parte duntaxat ei acquiramus.*
49. *Heredi stipulari aut pacisci quis intelligatur.*
50. *Actor municipibus, tutor pupillo, curator adolescenti, aut furioso, cavendo acquirit, et cur.*
51. *Utilis non directa actio veris dominis ex stipulatione et constituto Actoris, Tutoris, Curatoris, Magistratus datur.* et n. 53.
52. *Magistratui quo casu administratio et potestas stipulationis acquirendæ in bonis pupilli tribuatur.*
54. *Heredes, Tutores, et similes cur a veteribus prætermissi, ubi jus de acquirendis obligationibus ab iis traditum est.*
57. *Procurator universorum bonorum domino inutiliter stipulatur, ita ut nec utilem quidem actionem ei acquirat. Excipiuntur quidam casus.* n. 62.
58. *Libertus patrono stipulando ne utilem quidem actionem acquirit.*
59. *Filius et filia patri matrive, quorum in potestate non sunt, inutiliter paciscuntur: idem in matre et patre stipulante aut paciscente liberis suis.*
60. *Dotem reddi stipulando pater filiæ ejusque liberis utilem actionem acquirit.* et n. 64.
65. *Actio quævis ex quacunque caussa, qua Jure Civili res transferri solent alicui competens ad alium transit, ut utili actione is experiatur, si creditor hoc animo sit, ut ex ea caussa actio in alium transferatur.*
66. *Stipulari alteri quis dicatur.*
67. *Actionem alteri acquirere, et in alium actionem, quam habemus transferre, differunt.*
68. *Stipulatio in alium collata quatenus inutilis.*
69. *Creditor pignus vendens hac lege, ut debitori, si solverit pecuniam pretii emptori, liceat recipere rem suam, an debitori hac pactione actionem novam acquirat.*
70. *Interpellatione ab extraneo facta si debitore cessante res postea amissa sit, an creditori nova actio quæratur.*
71. *Ratio obliqua via consequendi, quod quis alteri stipulando recta consequi non potest.*
72. *Stipulationis vis et potestas: et quid ex stipulationibus tam dandi quam faciendi debeatur.*
73. *De pœnæ stipulatione quæ ab Ulpiano hic statuantur.*
74. *Stipulationi principali inutili subjecta pœnæ stipulatio quibus casibus sit inutilis.*
75. L. Julianus. §. ibidem, supr. de act. em. *explicatur.*

1 Finis est stipulationis omnis, sine quo stipulatio non modo sit inutilis, sed etiam ridicula, ut qui stipulatur, acquirat, et consequatur aliquid: et necesse est, si acquirit, acquirat ab aliquo, puta a promissore, vel ab alio, et acquirat alicui, puta sibi vel alteri. Quid hic stipulanti liceat, quæritur. Sed a quo acquiri possit quid ex stipulatione, dicetur ad *L. inter, inf.* Cui possimus stipulari, et stipulando acquirere, hic, ut locus postulat, dicemus: pluribus fortassis, si quis verba numeret: non tamen, ut spero, pluribus, quam res postulet. † Et in summa licet 2 cuique sibi stipulari: alteri autem stipulari nemo potest: quæ regula juris est hoc loco tradita, et in §. *alteri, Inst. de inut. stip.* et hanc sententiam habet, ut si quis stipuletur alii dari aut fieri, nihil agat, sitque

omnino inutilis stipulatio, ut declaratur in
3 §. *si quis alii, Inst. de inut. stip.* † Sed cur jus non concedat stipulari alteri, non immerito quæritur. Quid enim, an non concedit alterius conditionem facere meliorem? Nihil magis, nec quidquam etiam æquius, aut magis secundum naturam. *L. solvendo, sup. de neg. gest.* Quod si de re alteri acquirenda agitur, ut hic fit, an non jure per liberam personam alteri acquiritur possessio, et per possessionem dominium? *L. 1. C. per quas per. L. traditio. §. ult. supra, de acq. rer. do.* Cur ergo minus in stipulando idem facere jus concedit? Ratio reddita est hoc loco ab Ulpiano, quæ exstat pene totidem verbis in *d. §. alteri.* Quia inventæ sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest. Non est hæc ratio eadem cum propositione, ne quis eam repudiet. Sed hoc dicitur, ideo posse nos nobis stipulari, quia id fieri quod promissum est, nostra intersit: non posse autem alteri, quia nostra non intersit id fieri; tantum autem constitutas esse Jure Civili stipulationes, et obligationes omnes in hoc, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest. Res esset expedita, si modo quæ hic Ulpianus sumit, vera esse constaret. Sed ille prius duo sibi concedi postulat, adversus quorum utrumque solet et potest disputari: neque omnes, quæ contra dicuntur, facile expediunt. Ille ait inventas solum esse stipulationes, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest: falsum, dixerit aliquis, aut certe iniquum. Falsum quidem esse, videtur probari posse aliarum rerum argumento, solutionis puta, et possessionis. Licet enim cuique pro alio solvendo eum invitum et ignorantem liberare, quamvis constet eum, qui solvit nihil sibi acquirere, quod sua intersit, sed solum quod debitoris. Dicta *L. solvendo, de neg. gest.* Et possidentem unumquemque alterius nomine ei volenti acquirere possessionem jam supra diximus. Hanc autem alteri acquiri, ubi nihil inde ad nos redeat, nisi acquirendi labor, quid tandem nostra interest? Quod si dicemus datum hoc in aliis rebus, ut per liberam personam possit alterius etiam extranei conditio melior fieri, eique acquiri, quamvis acquirentis nihil intersit, in stipulationibus autem id concessum non esse: videamus, ne sit iniquum, ubi pariter de re alteri acquirenda, eoque augendo agatur, id est, ubi eadem ratio sit, ibi idem jus non constitui contra omnem æquitatis regulam, *L. illud, supra, ad leg. Aquil.* Illud etiam iniquissimum, invidere hominibus ullo in genere rerum facultatem beneficii in alium conferendi, quos potius præmiis invitare oportebat, ut alios beneficio efficerent. Addit præterea Ulpianus, ut alii detur, nihil nostra interesse. Quid, si hoc quoque tale est, ut hac ipsa ratione etiam auctore Ulpiano efficiatur nos alteri utiliter stipulari posse? Vel hoc ipsum, quod nostra opera aliquid acquiritur, aliis, ut id fiat, nostra interesse putandum est. Egregia enim Papiniani sententia est, ut vera, ita recepta, beneficio affici hominem interesse hominis, et quidem eousque, ut hæc sola ratio satis sit ad dandam actionem ei, cujus ita interest, qui absque eo esset, nullam actionem esset habiturus. *L. servus, supr. de ser. exp.* Quod si quid amplius quærimus, videtur vel maxime et pecuniariter interesse stipulantis alteri dari; quoniam si alteri ex ea stipulatione datum erit, id tale sit, ut videatur stipulator postea ab eo repetere posse vel mandati judicio, vel negotiorum gestorum. Nam id ita fieret, si quis stipulatus esset sibi aut Titio, et Titio solutum esset. §. *plane solutio, Inst. de inut. stip.* In quibus dissolvendis si sine præfatione laborem sumimus, vereor ne quibusdam videatur inanis hic et stultus labor. † Sunt 4
enim, qui repudiato atque etiam irriso in hac parte omni alio veri inveniendi labore, jubeant nos hac (1) ratione esse contentos, ut dicamus ideo hoc ita comparatum esse, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem: scilicet quia Paulus in *L. inter, infr. eod.* id jus explicans, cur alium daturum aut facturum inutiliter promittatur, unam hanc, quam modo diximus, ejus juris rationem reddidit. Sed multum interest, utrum quis promittat alterum facturum, an spondeat daturum se, aut facturum alteri. Alterum facturum qui promittit, non se obligare vult, sed alium: hoc vero facere nemo potest; ad quod probandum optime superior ratio valet, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem. Hic enim consequens est, hos se invicem obligare posse, non item alios, ad quos negotium non pertinet. At qui se promittit alteri daturum, nihilominus de se et pecunia sua promittit. Ad id vero prohibendum superior ratio nihil momenti habeat. Non enim ut promissor alium obligare non potuit, cum quo negotium non geritur, ita etiam non potest se obligare, ubi de seipso promittat, quantumvis ita promittat stipulatori, ut alii o-

(1) Quomodo Cujac. in d. *L.* 38. §. 17. *de V. O*

bligetur. Suam enim conditionem quisque deteriorem paciscendo facere potest: *L. pactum, sup. de pac.* aliorum non item. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Itaque istâ ratione in hac re, de qua quærimus, non Ulpianum hoc loco, non quenquam alium veterum juris auctorum usos videmus. Et sane si verum amamus, cum quæritur, cur alteri stipulari non possimus, aut cur inventæ sint stipulationes solum ut sibi quisque acquirat; quid est omnium, quod minus responderi debuerit, quam id eo fieri, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem? Etenim cum dicimus negotium, quod inter aliquos geritur, alteri geri non posse, quid aliud dicimus, quam eum dicimus, stipulationem, quæ inter aliquos contrahitur, alteri contrahi et acquiri non posse? Ergo pro ratione afferimus idipsum, de quo quærebatur: vitiosissimum et stultissimum probandi et respondendi genus. Quod si placet hanc rationem diversam esse a propositione; tamen qualis est hæc ratio, ideo non posse nos alteri stipulari, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem? An quia negotium geritur inter aliquos, ideo id geri alteri, et inde alteri acquiri nihil potest? Id quam verum sit, iisdem illis exemplis solutionis, et possessionis, quibus ante usi sumus, intelligi potest. Cum quis solvit pro alio, non inter alios geritur hoc negotium, quam inter eum, qui solvit, et creditorem: et tamen nihilominus recte solvitur alterius nomine; unde et liberatio debitori acquiritur. Quid possessionis acquirendæ negotium, nonne geritur inter eum, qui possessionem tradit, et eum, qui accipit? Et tamen si hic constituat alterius nomine possidere, eam illi statim acquirit. Tum autem nulla æquitatis ratio patitur, ut quod inter aliquos geritur, nihil inde alteri acquiri possit tantum ideo, quia cum alio geritur, quam cum eo, cui acquisitum volumus, ut sic hominibus interdicatur facultate de aliis bene merendi, eosque beneficio afficiendi. Postremo ut cætera admittantur; tamen quid ad superiora illa, quæ objiciebantur, expedienda hæc ratio pertinet? Imo vero ejusmodi est, quæ non tantum in easdem illas reprehensiones in speciem incurrat, sed ita incurrat, ut ab illis re vera convinciatur. Tantum igitur abest, ut hac ratione contentos nos in proposito esse oporteat, ut omnibus suadendum sit potius, ne omnino in hac re ea utantur, qua uti non liceat, quin aut in tam aliena ludere, aut in tam falsa prævaricari, et ipsam sententiam juris, quæ per se vera videri poterat, prodere voluisse existimemur. † Nihil est ratione Ulpiani 5.
verius, nihil melius, si modo explicetur. Quapropter hanc tenebimus, et in his diluendis, quæ contra dicebantur, sine præjudicio superioris istius rationis, ut cœpimus, jam pergemus. Et falsum, et iniquum est, inquimus, non licere hominibus alteri acquirere, quo ejus conditionem meliorem faciant, quamvis eorum qui acquirunt, nihil amplius intersit, quam ut beneficium in alium conferant. Accipe breviter, quid respondeam. Non dico id in aliis rebus recte constitui, in stipulationibus non item: nam in quibus par sit beneficii et humanitatis ratio, in his diversum jus constitui non debere concedo. Non dico cæteras res ut possessionem, et liberationem natura sua aliis posse acquiri; stipulationis autem et obligationis naturam non pati, ut ab uno alii acquiri possint. Ut stipulatio res facti est, ita et professio. Quod si alterius nomine possessionem fundi ingressi possessionem illi acquirimus, quasi ipse ingressus esset; quid est, cur nobis illius nomine stipulantibus illi non acquiratur stipulatio, quasi ipse esset stipulatus? Si rem spectemus, plane nihil est. Stipulatio non est res, quæ ab una persona in alterum transferatur. Ne possessio quidem, quæ tamen per alios, qui se constituant nostro nomine possidere, nobis acquiritur. Ut obligatio res est, quæ per se non subsistit in rerum natura, consistit tamen jure; ita et liberatio. Non est igitur in natura istarum rerum, cur ei, pro quo solvimus, jus velit liberationem contingere potius, quam ei cui stipulati sumus, velit acquiri obligationem. Quod si natura sua alii stipulatio et obligatio acquiri non potest, etiam servus frustra stipulabitur domino, et testator heredi, et tutor pupillo. Concedo in omnibus rebus esse iniquum non licere alterius conditionem meliorem facere, et quatenus id fiat, non licere alteri acquirere. Ad regulam propositam, et rationem Ulpiani pertinere nego. De stipulationibus et obligationibus agitur. Alteri stipulari et obligationem acquirere qui vetat, alterius conditionem meliorem facere non vetat, sed vetat facere deteriorem. Animadverti enim debet sic esse naturam stipulationis et obligationis omnis, ut si res utiliter geritur, quemadmodum uni obligatio acquiritur, sic et obligetur alter, nimirum qui promittit; quo facto ille oneratur et premitur. Hinc enim necessitas rei promissæ præstandæ: hinc adversus illum actio, qua in jus vocari potest, et judicio vexari: nec prius vexandi finis, quam ille actori satisfaciat. Hoc modo quemquam promissorem

onerare, ubi eum non obligemus nobis, sed alteri, id vero est, quod in superiore regula et similibus jus non concedit. Alteri stipulari non possumus; non quia stipulemur alteri, inquam, et illi consultum velimus, nec nostra intersit id fieri; quod esset iniquum: sed quia hoc facto promissorem obligare velimus alteri sine ullo commodo nostro: quod jus non permittit. Hoc vero nihil fieri potuit æquius, estque omnino ex eadem lege, et æquitate naturæ. *Naturalis et civilis*, inquit Cajus, *ratio suadet alienam conditionem meliorem facere nos posse; deteriorem non posse*. d. L. solvendo. *de neg. gest.* Sed hic occurrebatur. Nam et cum nobis stipulamur, sic nobis acquirimus obligationem, ut nihilominus obligemus promissorem, eumque eo facto oneremus. Cur ergo nobis permittitur stipulari potius? Quia summa caussa est cur id fiat. Sic enim nobis cavemus, sic nobis acquirimus, quod nostra interest. Si jus vigilantibus scriptum est, ut auctor est Scævola in *L. pen. in fin. supr. quæ in frau. cred.* hoc omnibus concedi debuit, ut sibi cavere liceret; quinimo stipulationum omnium, et omnium contractuum nullus omnino usus esse potest, si hunc sustuleris. At alteri stipulando nobis nec cavemus, nec acquirimus quidquam. Nulla igitur caussa, cur sine ullo commodo nostro alterum obligemus, etiamsi maxime consultum velimus alteri. Inhumanum enim hoc officium est, quod est cum alterius onere et incommodo conjunctum. Et quamvis in eadem re certent inter se hinc utilitas ejus, cui quæsitum volumus, illinc incommodum alterius, quem volumus obligari: tamen vincere debet, quod est æquius, ne videlicet alter oneretur. Tolerabilius est enim beneficium in alium non conferre, quam aliquem facto tuo premere, eique nocere, ubi nihil inde ad te redeat. Nec ad rem pertinet, quod dum stipulamur alteri, promissor el voluit hoc modo obligari. Nos enim non tam quid ille velit: quam quid stipulatori in eo obligando liceat, spectare debemus; hoc vero onus obligationis illi imponere quisquam, ubi ejus nihil intersit, non potest, prohibente, ut dixi, regula naturæ. Hoc est igitur, quod Ulpianus superiore ratione intelligi voluit. *Inventæ sunt*, inquit, *stipulationes in hoc, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest*: non addit, hoc recte constitutum esse. Sed quam sit æquum et conveniens naturæ, res ipsa ostendit, cum in stipulando de promissore obligando et onerando agatur; quod fieri est contra æquitatem et humanitatem, nisi quid in eo nobis caveamus, ut satis ostendimus. Deinde ita sumit. Nobis autem stipulando id ipsum acquirimus, quod nostra interest; alii stipulando nequaquam: nam ut alii detur, nihil nostra interest. Quo fit, ut recte constitutum sit, unumquemque sibi stipulari posse, alteri non posse. Quid est igitur, si quis nunc roget, cur liberatio, possessio, dominium, quæ supra diximus, acquirantur aliis etiam per liberam personam quamlibet potius, quam stipulatio? In promptu responsio est, eo fieri, non quia hic sit, quod acquiratur tantum alteri, sed quia ita acquiratur, ut contingat sine onere et incommodo cujusquam. Solvendo quisque pro alio eum invitum et ignorantem liberat: quia hac solutione sic liberatur debitor, ut simul consulatur creditori, qui suum recipit. Possessionem quisque alterius nomine adipiscendo, eam illi volenti acquirit, et per possessionem dominium: quia ei cui acquirit, sic consulitur, ut eum, qui tradit neque obliget in posterum, neque oneret. In enim tradita possessione, quam debuit, sic liberatur, ut nihil sit amplius, cur eo nomine teneatur. Sed nec ei ea acquisitione vetus possessio amittitur, cum et sine ea acquisitione amissurus esset, simul atque fuisset hoc animo, ut desineret possidere. *L. quod meo, §. si furioso, supr. de acq. poss.* Atque ut possit intelligi certius istarum rerum differentiam, cum de acquirendo agitur, hanc rationem habere, quam dico, quia quarundam acquisitio cum alterius onere conjuncta sit, aliarum non sit; sumamus liberationes duas genere et effectu quam simillimas, et prope easdem, eam nimirum, quæ solutione contingit, et eam quæ fit pacto; ac quid de his constitutum sit, consideremus. Si quis pro debitore creditori solvit, debitorem, ut dixi, ipso jure liberat non tantum volentem, sed etiam ignorantem, atque adeo invitum. *d. L. solvendo. de neg. gest. L. solutione, L. solvere, infr. de sol.* At si quis paciscatur a creditore, ne a Titio debitore suo petat, debitorem non liberat ne per exceptionem quidem, omninoque inutiliter paciscitur, nisi ejus intersit. *L. et heredis, §. ult. L. fidejussores. toto, supr. de pact.* Atqui si debitor ipse pacisceretur, ne a se petatur, non minus hoc pacto liberaretur jure prætorio, quam solutione. *L. 5. C. de pact.* haberet enim exceptionem. *§. præterea, Inst. de except.* nihil autem interest, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. *L. nihil interest, infr. de reg. jur.* Cur ergo extraneus solvendo pro debitore, liberationem ei acquirit: idem illi paciscendo non acquirit, cum pactum si per se spectetur, idem efficiat, et tam facile sit

jure debitori exceptionem ex alieno pacto dare ad eum tuendum, quam ex aliena solutione tribuere ei et fieri plenam liberationem? Si ad supra scriptam naturæ regulam rem expendemus, reperiemus ideo fieri, quia solutio extranei, si debitorem liberet, sic illi consulat, ut prosit etiam creditori, qui et suum consequitur: at pactio extranei si eum liberet, eveniat ut consulat quidem debitori, sed lædat creditorem, cui hoc officio actio sua auferetur. Hoc facere paciscendo non magis nobis concedi debuit, quam in stipulatione ut, stipulando alterum obligare, et novum onus ei imponere, quod alteri
6 tradatur, possumus. † Scio scriptum esse in *L. ea quæ, supr. de acq. rer. dom.* quæ civiliter acquiruntur, ea per alios, qui in potestate nostra non sunt, nobis non acquiri, veluti stipulationem: quæ naturaliter, acquiri, veluti possessionem. Sed (2) errat mea sententia, si quis putat stipulationem aut exceptionem quæ civiliter acquiruntur, idest, sine apprehensione naturali, ideo solum non acquiri alteri per alios, quia civiliter acquirantur; cum si nihil amplius versetur in re aliqua, quam rei acquisitio, non minus civilis ratio suadeat alterius conditionem meliorem facere, quam naturalis, ut traditum est in *d. L. solvendo, de neg. gest.* Et certe absurdum sit, si quis interrogatus, quamobrem ea, quæ sunt civilis acquisitionis, alteri non acquirantur, respondeat, quia sunt civilis acquisitionis, idem nimirum id, de quo quærebatur. Ergo non acquiruntur quidem ista alteri, quæ acquiruntur civiliter, ut stipulatio, pactio obligatio, exceptio: sed cur, cum civiliter acquirantur, non acquirantur alteri, ut ea quæ acquiruntur naturaliter, amplius quærimus. Hic non alia differentiæ ratio idonea reperietur, quam ea, quam ante posuimus, quod non debeat nobis licere stipulando, aut paciscendo alterum onerare quamvis consentientem, si nostra non intersit. Hæc cum ex natura petita sit, ut docuimus, ei acquiescere debemus.

Hinc recte efficit Ulpianus, nos alteri stipulari non posse: quia, inquit, *ut alii detur, nostra nihil interest.* † Et hoc quoque,
7 quod sumit, verissimum est, si modo ejus, quod interest, verbo intelligamus, quod pecuniariter interest. Quod facere debemus: primum quia Paulus hoc idem sic alibi interpretatur. *L. fidejussores, supr. de pact.* Deinde quia verbum proprie id significat; sic enim definitur, id quod lucrari et consequi potuimus. *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* id autem consequi intelligimur, quod in patrimonium pecuniamque nostram convertitur. Postremo quod regula ipsa de eo, quod interest, acquirendo ab Ulpiano concepta est: *ut acquirat sibi quisque*, inquit, *quod sua interest*, non acquiritur nobis, ut dixi, nisi quod pecuniam nostram et patrimonium augeat. Itaque nihil adversatur, quod dicitur, interesse hominis hominem beneficio affici. Sic enim dicitur interesse nostra abusive, quia ex affectione tantum interest, quoniam forte alii tribui magno æstimemus; cæterum hoc non tanti est re vera, ut declaratur in dicta *L. servus eo, de ser. exp.* Et ut secundum significationem propriam verbi ea sententia nihil huc pertinet, ita multo minus æquum est propter hanc affectionem nostram nobis concedi, ut obligationem alii acquiramus. Nam si ita affecti esse debemus, ut alium augeamus, et hujus affectionis propter humanitatem ratio habenda est; multo magis ita nos affectos esse convenit, ne opera nostra alium oneremus, eique detrahamus, ubi id ad cautionem nostram nihil pertineat. Non est verum, quod dicitur, si alteri stipulati simus, et ei solvatur, posse nos ab eo repetere, ut sic videatur hic quoque nostra interesse illi dari. Id enim tunc possemus facere, cum prius nobis ex stipulatione debitum fuisset, ac deinde alii esset solutum; ut cum stipulatus sum mihi, aut Titio; deinde Titio solvitur. dict. §. *plane, Inst. de inut. stip.* Sic enim meum est, quod solvitur, si quia ad alium pervenit, dum ille gerit negotium meum, ideo aut mandati, aut negotiorum gestorum actione ab eo repeti potest. Diversum est, si solvatur alteri, quod ipsi debeatur, non mihi: ut fieret, si stipulante me alteri, illi actio acquireretur: quod enim ille suum recipit, iniquum est ei invito auferri; nec vero ut ad me revocem, ulla est actio. Constet hoc jam igitur bene, et aliis partibus juris convenientissime esse constitutum alteri stipulari neminem posse.

(2) Gifan. *ad L. 11. de O. et A. n. 3. Vasq. 3. usu freq.* 58. *n.* 14. quia obligatio non acquiritur per actum naturalem ut possessio. Et imo hanc rationem reddit ipse Donel. ad *L. 1. C. Per quas pers. n. 15. et seqq.* ubi *n.* 17. civiliter acquiri quæ apprehendi non possunt, sed in jure et intellectu consistunt, ut est obligatio. Ac eodem tendit noster. *supr. Lib. 9. C. 7.* Quæ ratio cum in ipsa *L.* 53. *de acq. do.* habeatur, dextre accepta conveniens est.

Sunt tamen et hujus regulæ quædam
8 exceptiones: sed quæ sint, quæratur. † Hoc quidem loco, item et in §. *alteri, Inst. de inut. stip.* excipiuntur servus, et filiusfam. quorum ille stipulando domino, hic patri acquirit. Sed soli hi his locis excipiuntur, nulli præterea. Itaque an et aliis liceat alteri stipulari, et ei stipulando seu paciscendo acquirere, quæsitum est, ut dixi. Cui quæstioni ansam dederunt loci alii, quibus hoc idem aliis tributum videtur. Si vulgo interpretum credimus, non modo liberis hominibus, et plane extraneis id licet, sed etiam innumeris prope in caussis facere permissum est, ut tot declarant exceptiones, quæ sunt ab Accursio et aliis cum hoc loco, tum in §. *si quis alii, Inst. de inut. stip.* et similibus collectæ. Quæ si veræ sunt, in multas difficultates incidimus. Quæremus enim, quomodo conveniat aliis etiam extraneis tam multis in caussis concedere stipulari alteri et ei actionem acquirere, ubi videamus duos istos tantum, quos dixi, nominatim exceptos a veteribus servum, et qui servorum loco habentur, tum filiumfam. Nam qui hos tantum excepit, is haud dubie regulam confirmavit in cæteris. Ac ne putemus juris auctoribus plures cognitos fuisse, qui alteri stipulari possent, ipsa regula, qua de his personis diligenter comprehensum est, per quas nobis acquiri non potest, ita concepta est. Per liberam personam, quæ juri nostro subjecta non est, alteri obligatio quæri non potest, vel alteri quæri nihil potest, nisi possessio, et per possessionem dominium. *L. 1. C. per quas pers. §. ex his apparet, Inst. eod.* Quibus verbis solis tribuitur servis, et liberis qui nostro juri subjecti sunt, ut nobis acquirere possint, cæteris adimitur. Quæremus etiam in his, qui præterea excipiuntur, quomodo probandum videatur, ut non possimus stipulari quibusdam, quia alteri sint; aliis vero possimus, quos non minus a nobis alteros esse fateamur: præsertim cum constet hoc æquissime constitui in omnibus, licere alterius meliorem conditionem facere, dum alium non oneres; ubi autem oneres,
9 nulli licere. † Dicent, cum extraneus et liber stipulatur alteri, huic alteri directam actionem non acquiri, sed acquiri utilem. Hoc quidem est verbis legem imponere, non rebus; cum constet utriusque actionis eandem esse potestatem. *L. actio. supr. de neg. gest.* Sed et multis locis hæc sententia refellitur, quibus significatur in hujusmodi stipulationibus ita nihil agi, ut nec utilis actio inde alteri acquiratur: de quo postea. Quod cum ita sit, paulo diligentius, quid sit in hac parte, quam vim superior definitio habeat, et quatenus vera sit, considerandum videtur. † Ego autem in his exceptionibus a vul- 10
go interpretum longe dissentio, tantumque abest, ut putem hujus regulæ tot esse exceptiones, quot illi faciunt, ut contra ita statuam, quatenus quis stipuletur alteri, non modo verum esse, quod dicitur alteri stipulari neminem posse, sed etiam esse perpetuum: si modo quis etiam tantum stipuletur alteri: et hic ipse alter, cui dicitur, vere etiam, et omni jure sit alter, ut dicitur. Id an verum sit, partibus definitionis separatim expositis, facile et sine ullo errore intelligetur. Nam cum dicimus neminem alteri stipulari posse, quoniam id significatur, quod initio monui, si quis stipuletur alteri dari aut fieri, nihil agi, idest, stipulationem esse inutilem. *d. §. si quis alii. Inst. de inut. stip.* hæc ipsa oratio duas sententias complectitur. Hoc enim efficit, ut duobus pariter hæc stipulatio sit inutilis, et ei, qui stipulatus est, et ei, in quem stipulatio est collata. Harum utraque ita vera est, ut prior quidem nullam omnino exceptionem agnoscat quidem in quibusdam personis, si quis naturalem verborum significationem spectat: cæterum juris ratione et interpretatione etiam in his ipsis regula suam vim et suam sententiam retineat, quia eæ omnes personæ Jure Civili non aliæ, sed eædem habeantur. Ac prius quidem sine exceptione verum esse statuendum est, si quis alteri stipuletur, non sibi: stipulationem esse ei, qui stipulatur, ita inutilem, ut ille inde suo nomine agere non possit neque directa, neque utili actione. Quod ratione ita certa et explorata efficitur, ut ne si velimus quidem, secundum naturam stipulationis et conventionis omnis aliter statui potuerit. Scilicet qui stipulatur alteri dari, non vult sibi: certe quidem sibi, non stipulatur. Ratio reddita in *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* Maritus negotium uxoris gerens nomine ejus comparavit. Empti actionem, inquiunt imperatores, sibi non quæsivit, quia sibi noluit. Recte; non est enim emptio sine consensu. Ex quo efficitur, si quis nolit sibi emptum esse, vel verius, si ambo ex contrahentibus nolint ipsi emptum, quia non id agant, ipsi emptum esse non posse. Quod de emptione dictum est, pertineat ad omnes contractus, et ad stipulationem quoque: quoniam et hæc, ut cæteri contractus, non perficitur nisi consensu. *L. continuus, §. 1. inf. eod.* Atque hoc etiam in stipulationis contractu maxime probandum videtur præter cæteros. Cum enim in hac etiam quæramus verba, ac nisi quod verbis

cautum sit, nihil ex ea possit deberi; *L. quidquid, infr. eod.* natura ejus nullo modo patitur, ut quod alteri tantum et verbis et consensu cautum est, id alius cui cautum non est, ab eo qui non cavit, possit petere. Atque id etiam efficitur hoc modo: Qui stipulatur alteri dari, si ipse agere velit ex ea stipulatione, necesse est, aut intendat sibi dari oportere, quod alteri cavit, aut petat, ut detur illi alteri. Sibi petere non potest, quia id stipulatione non continetur. Ut alii detur frustra agit: quia ut ita ei detur ejus nihil interest, ac nisi agentis intersit, nulla est actio, cum reo recusante non possit condemnatio judicis esse, nisi in id quod agentis interest. *L. si quis ab alio. in princ. et si supr. de re jud.* Quod confirmatur non obscure in specie *L. ex conventione, C. de pact.*

11 † Itaque quod quæsitum est apud interpretes, cum quis stipulatus est alteri, an promissor obligetur si non civiliter, attamen naturaliter; quid de eo judicandum sit ex his quæ dicta sunt, estimari potest. Volunt (3) vulgo obligari eum saltem naturaliter: nempe ex pacto et conventione, quam servari sit maxime secundum naturam. *L. 1. supr. de pact.* At quomodo ex pacto, ubi non est consensus? Cum eo quidem, in quem stipulatio collata est, promissorem nihil convenisse constat, utpote cum quo nihil consenserit, nihil egerit. Itaque sine dubio ei obligari non potest: ejusque rei certissimum argumentum est, quod Paulus in *L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, infr. eod.* scribit de liberto, qui patrono suo dari fuerat stipulatus. Ait enim hoc ita esse inutile, ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis patroni. Quo significatur, nec si patrono ex ea caussa solutum sit, tamen ei solutionem prodesse. Non fuit igitur promissor ei etiam naturaliter obligatus: alioqui solutum ab eo non repeteretur. *L. naturales, supr. prox. tit.* De stipulatore potest dubitari, an ei promissor ex conventione obligetur, quia inter eos aliquid actum esse, et convenisse apparet. Sed etsi inter eos consensum intervenisse verum est; tamen quod res ipsa docet, et supra effectum est, nullus hic est consensus, ut ei detur, qui stipulatus est. Nulla igitur cum eo pactio in hoc, ut ei detur: ac proinde de eo nulla obligatio ne naturalis quidem. Ergo hoc certa ratio evincit, cum quis stipulatur alteri, non modo constituto jure, stipulanti ipsi actionem, aut obligationem non acquiri, sed nec secundum naturam et legem stipulationis et conventionis omnis ullo modo acquiri posse etiam naturalem. † Quid est igitur, quod tam 12
multis in caussis ei, qui alteri stipulatus est, actionem dari legimus? ut hac ipsa *L. §. si stipulor, usque ad finem L. et L. seq.* Id caussæ est, quod interdum qui verbis stipulatur alteri, vi ipsa aut soli sibi, aut sibi quoque stipulari intelligitur. Ita non quia alteri stipulatur, actionem habet, sed quia sibi: quod et jure fit, et regula non prohibet; ut profecto valde stultum sit ex regula excipere, quod neque ei adversatur, neque ad eam pertinet. Interim hoc certum est, etiam tum cum quis secundum verba alteri tantum stipulatus est, neque adjecit, sibi, tamen interdum stipulationem valere ita, ut stipulanti suo nomine actio acquiratur. De quo monuerunt hoc loco veteres, ut hic ab Ulpiano et apud Justinianum in *§. alteri, et seq.* factum videmus, non quia in eo quidquam de regula exceptum vellent; sed quia id intelligi ad explicationem regulæ in primis pertinebat. Nam alioqui periculum fuit, ne quis verbis stipulationis deceptus, dum videt stipulantem verbis alteri solum stipulatum esse, non aperte sibi: putet id solum esse in re, quod verba præ se ferunt, idest, stipulatorem sibi non esse stipulatum re vera, sed tantum alteri: eoque et juxta supra scriptam regulam dicendum esse nihil agi, seu stipulationem esse inutilem. De quo et nobis in hac parte prius dicendum est, quoniam ad vim stipulationis, et jus stipulatoris pertinet. Sic deinde hoc constituto, facilius quamobrem id placuerit, et quam id conveniat cum regula superiore, si quis vim et potestatem stipulationis recte interpretetur, intelligimus. Et in summa ita placere reperiemus, cum quis alteri stipulatus est, toties stipulanti stipulationem committi, eique eo nomine acquiri actionem, quoties dari aut fieri alteri, ipsius qui stipulatus est, interest, neque id alibi receptum esse præterea. † Observabimus enim tribolum hoc 13
esse duobus stipulatorum generibus. Unum est eorum, qui stipulantur iis, quos in potestatem habent; alterum eorum, qui ad utilitatem aliquam et cautionem suam stipulantur extraneo. Si quis ei stipuletur, quem in potestate habet, sibi eum acquisere placet: puta, si dominus servo, pater filiofamil. stipuletur. *L. dominus, seq. §. si vero. Inst. de inutil. stip.* At quamobrem? Nempe quod ex his stipulationibus ita servo aut filio dari et domini et patris interest; si-

(3) De quo vid. *not. supr. lib. VII. Civil. Comment. Cap. 16. N. 1. C. praecd. N. 1.*

quidem datum servo necesse esset domino
acquiri ita, ut nec momento maneret penes
servum, qui suum habere nihil potest. §.
item verbis. Instit. per quas pers. L. placet,
supr. de acq. her. et quod quæsitum esset
filio. itidem acquireretur et patri. §. 1. *Inst.*
per quas pers. L. 1. supr. si a pa. quis fuer.
ma. ut perspicuum sit in his et patrem et do-
minum nihil. nisi quod suum sit, aut sibi
acquiratur, id est, quod sua interest, stipu-
14 lari. ✝ Una autem hac in re positam esse
istius acquisitionis caussam, quod hic stipu-
lentur dominus paterve, quod datum ad ipsos
necessario redeat, idest, quod sua interest,
non autem in conjunctione aliqua persona-
rum, quasi patris et filii, domini et servi ea-
dem persona, vox eadem per omnia haberi
debeat, ut significari quis existimet in §. *ei*
vero, et §. post mortem, Inst. de inut. stip.
Argumento erit, quod si pater filio, dominus
servo stipuletur, quod consistat in persona
filii aut servi, neque ad dominum aut pa-
trem redeat, placet non minus inutilem esse
stipulationem, quam si cuivis stipulati essent
15 quam maxime extraneo. ✝ Hinc duæ spe-
cies stipulationum in hoc genere improbatæ.
Primum si pater stipuletur factum, quod
conferatur in persona tantum filii, ut ita
personam ejus non egrediatur, veluti aut te-
nere ei, vel ire agere liceat. *L. quod dicitur,*
130. *infr. eod.* Quod et in persona domini
idem servo suo stipulantis eadem ratione
admittendum est, arg. §. *sed cum factum,*
Inst. de sti. ser. Deinde si stipuletur quidem
pater filio id quod juris sit, sed quod leges
patri per filium acquiri non permittunt. *d.*
L. dominus seq. et d. §. ei vero, Inst. de inut.
sti. Cujus generis, est, si quid pater stipule-
tur filio ex caussa castrensis, aut adventicii
peculii quod patri nullo modo acquiratur.
Nam si filio stipuletur pater, quod sit peculii
adventicii, cujus ususfructus acquiratur pa-
tri, sine dubio pater usque ad quantitatem
ususfructus actionem habebit, quia hactenus
ejus interest. Ergo istarum rerum, quas dixi,
stipulatio est inutilis, quia id stipulatur pa-
ter filio, quod filio præstari patris nihil in-
terest, quoniam a filio ad patrem non redi-
16 diret: ✝ ut appareat, quod dixi, quod placet,
dominum servo stipulando, patrem stipulan-
do filio ambos sibi acquirere: in eo non
personarum conjunctionis, sed ejus commodi,
quod per istos patri, dominove acquireretur,
idest, ejus quod istorum interest, habitam
esse rationem. Dicitur quidem patris et filii,
domini et servi eadem persona esse, vox ea-
dem. Sed observetur id solum dici cum hac
adjectione, cum per servum domino, per
filium patri acquiritur. *d. §. ei vero.* Ita sem-
per, quod pater filio, dominus servo stipu-
lando sibi acquirunt, prima in eo caussa
est, quod commodi sui caussa stipulantur,
seu id quod sua interest. Quod si quis stipu-
letur extraneo ita, ut placeat ipsi stipulanti
stipulationem committi; jam hic aperte tra-
ditur id tum fieri, cum alteri dari stipulantis
interest. §. *sed et si quis stipuletur. Inst. de*
inut. stip. totque in exemplis id dicitur, quot
hujus partis declarandæ caussa colliguntur
ab Ulpiano in §. *si stipuler. et deinceps,*
infr. eod. L. Etsi autem ex exemplis supe-
riorum locorum satis intelligitur sæpe acci-
dere, ut cum alteri stipulati sumus, nostra
intersit alteri dari: tamen ne eorum ipsorum
exemplorum ratio sit obscura, qua ex re
fiat, ut vel in illis tantum consistamus, vel
alia quærentes, incertitudine rerum simi-
lium laboremus: ✝ animadvertendum est 17
duobus modis contingere, ut nostra intersit
dari alteri, cui stipulati sumus, totidemque
ad genera superiora exempla et similia
omnia recte referri: si aut is cui aliquid
stipulati sumus, nobis de ea re reddenda sit
obligatus, ut sic res postea ad nos redeat: ve-
luti si stipulemur procuratori nostro, tutori,
curatori: aut si nos ipsi de ea re illi alteri
præstanda jam ante obligati simus. Sic enim
fit, ut nisi promissor pro nobis illi præstet,
quod debuimus, nos in pœnam eo nomine
constitutam, aut in id saltem quod ejus in-
terest incidamus, neve etiam illo agente dum
aliunde satisfacere non licet, bonorum di-
stractionem patiamur: quæ damna effugere
perspicue nostra interest. Prior species exem-
plo procuratoris, cui stipulati sumus, indica-
tur in *d. §. sed etsi, vers. ergo, et hac L. in*
§. *si quis insulam:* cætera exempla ad alte-
ram speciem pertinent. In summa autem
res huc redit, ut cum quis stipulatus est al-
teri, nonquam ex hujusmodi stipulationibus
actio stipulanti acquiratur, nisi cum alteri
dari stipulantis interest. Quo cognito jam
non difficile intellectu erit, nihil hic regulæ
propositæ adversari, quasi hic dicatur stipu-
latio valere ei, qui alteri sit stipulatus. ✝ 18
Quisquis stipulatur quod sua interest, seu id
in quo continetur id, quod ejus interest, qua-
tenus id facit, is utique sibi stipulari intel-
ligitur, non alteri. Id enim sic intelligi ne-
cesse est, si sibi potest, et vult stipulari;
alteri autem nec vult, nec potest. Posse eum
sibi stipulari stoltum est munere, cum in
hoc solum inventæ sint stipulationes, ut
acquirat sibi quisque quod sua interest:
velle autem eum ex eo apparet, quod stipu-
latur hoc ipsum, quod sua interest. Quor-

sum enim id stipulari, nisi ut acquirat? et cui acquirere id potest, nisi sibi? Nam alteri si quid quæri posset, id solum esset, quod esset ejus, non etiam quod stipulantis: quod ipsi esset utile, non quod stipulanti: quoniam quod unius est, id ad alterum nullo modo possit ne natura quidem pertinere. Vult igitur sibi acquirere, qui stipulatur quod sua interest: et quia vult, idcirco et sibi stipulari intelligitur, quoniam ex stipulatione aliter sibi acquirere non potest. Nisi forte quis dicat, ideo eum non velle id stipulari sibi, atque adeo id eum non facere, quia nominatim stipuletur alteri. Sed videndum est, quid hic stipuletur alteri. Nam in eo quod alteri stipulatur, quorum utilitas versari potest, stipulantis, et ejus, cui stipulatur. Itaque dicatur sane alteri stipulari utilitatem, quæ ejus est, et ad eum potest pervenire natura; suam vero nulli alii plane stipulatur, quam sibi: quia nec potest alii acquiri, eoque nec vult acquiri, ne frustra sit stipulatus. Plus dicimus, etsi stipulator hoc ipsum quod sua interest, alteri stipulari vellet: non tamen ideo efficeretur eum sibi non stipulari. Imo ideo sibi stipulari intelligitur, quia stipulatur alteri quod sua interest. Sic enim futurum est, ut dum alteri dabitur, ejus facti utilitas ad eum, qui stipulatus est, redeat. At enim alteri stipulando non adjecit, sibi: ut quamvis forte possit et velit sibi stipulari, tamen ideo ei non acquiratur, quia verbis sibi non sit stipulatus. arg. *L. quidquid, infr. eod.* Sed receptum est non eo minus stipulationem valere, et stipulanti acquiri, quamvis quis impersonaliter sit stipulatus, §. *si quis ita, supr. ead. L.* Et recte: hujus enim personas satis natura rei et stipulationis continetur, cum si quid præstari oporteat, necesse sit id stipulanti acquiri, quoniam alteri ex stipulatione acquiri non potest. Sed et ex fine stipulationum id satis intelligitur. Cum enim inventæ sint stipulationes ad hoc, ut sibi quisque acquirat, quod sua interest, apparet unumquemque qui stipulator, qui modo intelligat quid agat, stipulationem ad hunc finem referre. Illud quidem omnino tenebimus, nunquam ei, qui alteri stipulatus est, actionem suo nomine acquiri, quatenus stipulatus est alteri. Nam eatenus semper inutilis est stipulatio, ut vel hinc quoque consequens sit, si actio inde stipulanti acquiritur, ipsum sibi stipulatum videri: quia nisi alicui stipulatus sit, stipulatio nullius sit momenti. Quo constituto redeo ad illud, quod supra posui. Cum ei, qui stipulatur alteri, quod fieri ipsius interest, stipulationem valere, et committi dicimus, nihil contrarium dici illi regulæ, qua efficitur neminem alteri stipulari posse, ut non potuerit hæc species ab ea regula nisi ineptissime excipi, et ab his, qui quid in utroque genere diceretur, non satis intelligerent. Et tamen ne propter generalitatem verborum regula ad hanc quoque speciem pertinere putaretur, quod videri potuit: recte a veteribus factum est, ut in explicatione hujus regulæ de hac specie præciperetur, non quam exciperent a regula, sed quam ad regulam non pertinere admonerent. Nam et de pœna a stipulatore adjicenda eodem loco cavent: et tamen satis constat de eo agi, qui jubeatur pœnam stipulari sibi, non alteri. Sed ideo de ea dicunt, quia ad explicationem regulæ pertinebat.

Ac de eo, qui stipulatus est alteri, dictum est, de eo in quem stipulatio confertur,
videamus. ✝ Et non minus illud verum est, 19
cum alteri stipulati sumus, etiam ei, cui sumus stipulati, si modo vere alter sit, inutilem esse stipulationem: necesse est enim ei esse inutilem, si inde ei non acquiritur actio. Nunc autem extranea persona alteri, qui plane et jure alter habeatur, jure obligationem et actionem acquirere non potest. *L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, infr. eod. L. multum, in fi. C. si quis alt. vel sibi.* Itaque cum efficiatur ex illa æquitatis et naturæ regula, quam initio exposuimus: fatendum est, quandiu is cui stipulamur, et natura et jure alter habebitur; tandiu contra naturæ jus et æquitatem esse, ac non tantum contra Jus Civile, ut alteri per alterum obligatio acquiratur. Itaque jus ad omnes contractus et conventiones pertinet, ut initio dixi. Hinc illa: neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine agat, possumus. *L. quæcumque gerimus, supra prox. tit.* Item, nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. *L. quo tutela, §. ult. infr. de reg. jur.*
✝ Sed quædam personæ excipiuntur, ut di- 20
xi: nempe dum naturalem significationem sequimur, et alterius nomine intelligimus eum, qui natura alter sit, non etiam juris efficientia et interpretatione. Sed ut intelligere liceat nihil in eo adversus regulam fieri, si quis rem et sententiam, non verba ejus sequatur; observabimus id solum receptum esse in his, qui ita sunt alii natura, ut tamen quod ad rationem juris attinent, pro eadem persona habeantur: qua ex re fiat, ut dum quis his stipulabitur, intelligatur non stipulari alii, sed sibi. In quo perspicue mens et sententia regulæ retinetur. Sic ergo statuatur: Quibus de causis fit, ut quis eadem per-

sona cum eo cui stipulatur, esse intelligatur, iisdem modis accidit, ut ei stipulando, etiam
21 ei acquirat. † Ut autem intelligatur stipulator eadem esse persona, tria efficiunt; potestas, successio, et auctoritas administrationis in rebus alienis jure constituta. Potestas est in servis, et filiisfamilias. Successio in heredibus, et similibus universi juris successoribus. Auctoritas administrationis in tutoribus, curatoribus, actoribus civitatis, et universitatis cujusque, in procuratore militis, tum et in Magistratibus, quibus injungitur jure, ut satisdationem a tutoribus et curatoribus exigant. Potestas facit, ut filius patris, servus domini pars quædam esse intelligantur, ut quod ipsi ferunt, id quodammodo pater et dominus ferre videantur, quod eorum commodo cedat. Hereditas hoc efficit, ut heres in jus omne et locum defuncti succedat. *L. quædam. supr. de eden.* unde et heredes dicitur eadem esse persona cum defuncto. *Novel. de jur. a mor. præst.* Administratio rerum alienarum quibus jure publico tribuitur, his ita tribuitur, ut lex eos dominorum loco habeat, dum rem domini gerunt: quales sunt tutores et curatores. *L. tutor qui tutelam, supr. de ad. tuto. L. qui fundum. §. si*
22 *tutor, supr. pro empt.* † Ita totidem sunt genera eorum, qui alteri stipulando salva recta acquirendi ratione ei acquirant, nempe tria. Primum est eorum, qui sunt in aliena potestate. Hi sunt servi, et qui servorum loco habentur, item filiifamilias. Servus domino stipulando domino acquirit, item et filius patri, ut hic scriptum est. Et *§. si quis alii, Inst. de inut. stip.*
23 † Cur hi potius, quam quivis alii extranei, cum non minus dominus a servo, pater a filio alter sit, natura ita distinctus, ut nec servus esse possit dominus, nec filius pater, aut contra? An quod si quid servo acquiratur natura, id jure penes servum consistere non potest, sed statim a servo ad dominum redit, eademque in filiofamilias stipulante ratio est? Sed huic rationi in proposito locus esse non potest, ubi servus non stipulatur sibi, ut quis dicat obligationem ipsi quæsitam, per eum ad dominum transire: sed recta stipulatur domino, ubi certum est nec stipulationem nec obligationem ullam in persona stipulantis servi posse consistere etiam natura, cum id non agatur, ut ei quisquam obligetur: ut consequens sit, si quid hic domino acquiratur: ipsum sibi stipulatum videri debere, ut sic obligatio, quæ a persona ejus incipit, ipsi quoque per ipsum quæsita intelligatur. Et certe ita traditur, quodcunque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo haberi, ac si ipse (intellige, cujus in potestate est) esset stipulatus. *L. quodcunque. 45. infr. eod.* At quomodo ipse stipulatus, ubi alium stipulatum esse constat? Nisi tamen qui stipulatus est, eadem persona habeatur: hæc enim ratio est, quæ in hoc genere toties legitur apud Justinianum, filii vocem tanquam vocem patris intelligi, et, qui in alterius potestate est, patris vel domini voce loqui videri: ut fieret videlicet, si eadem esset persona. *§. et vero, et §. post mortem. Institut. de inutil.*
stip. † Sed cur isti cum patre dominove ea 24
dem persona esse existimantur potius, quam alii quivis, qui officii caussa istis stipulentur, cum natura pariter omnes homines distinxerit? Id facit potestas, inquam, qua servi et filiifamil. tenentur; hæc enim sic istos juri domini et patris subjicit, ut quodammodo pars fiant domini patrisve, qua domino aut patri consulatur. Hac de caussa quidquid servus stipulabitur domino, id domino acquiret, et quidquid patri stipulabitur filius, id acquiret patri, etiam si stipuletur id, quod in personam suam conferre non potest, *L. quod dicitur. 130. infra eod.* Acquireretur enim his, si ipsi sibi stipulati essent, nunc autem perinde id accipitur. dicta *L. quod-*
cunque, infra. † Quibus consequens est, ut 25
quacunque ex caussa, et quocunque ex genere peculii filius stipuletur patri, id patri acquirat. Itaque etsi ex caussa peculii castrensis profectum, veluti ex pecunia castrensi emptum patri dari fuerit stipulatus, nihilominus ejus rei obligatio, et emolumentum patri acquiretur: quamvis si in personam filii concepta esset stipulatio, aut alioqui ejus nomine res empta, et tradita, soli acquireretur filio, non patri. *§. 1. Instit. per quas pers. L. cum oportet, Cod. de bo. quæ lib.* Quippe acquireretur stipulatio patri isto modo, si ipse sibi stipulatus esset, quod nunc factum videri volumus. Neque vero cum ex ea stipulatione, qua pater stipulatus esset sibi, aliquid ei acquisitum esset, inde quidquam a patre rediret ad filium, idest, nec proprietas rei illi quæsitæ, nec ususfructus. Non enim ut per filium patri acquiri potest, ita receptum est per patrem quæri filio. Acquirit patri filius, quia in ejus potestate est: at non est in potestate filii pater. Ergo et tunc idem probandum erit, cum filius quacunque ex caussa stipulatus erit patri, et patri ex ea stipulatione erit rem consecutus. Erit igitur, ut dixi, ejus stipulationis obligatio et emolumentum in solidum patris. Quidni, cum etsi quid filius de eo, quod ipsi jam quæsitum esset, et ejus esset proprium, contulisset in patrem, id proprium, efficeretur patris? Sic filius dominus est castrensis

peculii, ut tanquam dominus possit de eo pro arbitrio statuere. *Instit. quibus non est per. fac. test. in pr.* quod si id in quemvis extraneum conferre potest, multo magis poterit in patrem. De adventiciis etiam, in quibus ususfructus acquiratur patri, potest statuere ut vult, volente patre, *L. ult. §. filius, C. de bo. quæ lib.* quanto magis hæc, aut si quid ad eorum caussam pertineat, poterit volenti patri acquirere? Postremo quod res filii est, aut esse potest, si suo nomine quæsitam vellet, non facit, ut propterea patri eam rem stipulatus stipulationem illi acquirere non debeat. Imo hac de caussa tanto magis acquiret. Nam qui alienarum rerum, et ad se nihil pertinentium stipulationem acquirere potest patri, multo magis suarum, aut ad jus suum pertinentium acquirere poterit ei stipulando. Non abs re est,
26 quod pluribus urgeo hanc sententiam. † Nam ut verba sunt *§. ei vero, Instit. de inutil. stip.* item *titu. per quas pers. nob. ob. ac. in princip.* contrarium in his locis scriptum videri potest: quem scopulum, muniti, et in superiore sententia certius confirmati facilius vitare possumus. Sic ergo in *§. ei vero*, traditur, ut patris vox tanquam filii sit intelligitur, dum pater stipulatur filio; sic filii patri stipulantis vocem tanquam patris intelligi, sed in his rebus, quæ patri acquiri possunt. Filii vox tunc patris vox intelligitur, cum filio stipulante patri acquiritur, ut sic perinde sit, quasi pater ipse esset stipulatus. *L. quodcunque, infra.* Id cum velit Justinianus tunc solum recipi, cum agitur de iis rebus, quæ patri acquiri possunt: aperte declarat in his rebus, quæ illi acquiri non possunt, patri per filium stipulationem seu obligationem non acquiri. Quibus verbis effici quis putet, cum filius ex caussa peculii castrensis stipulatur patri, ei nihil inde acquiri, quia hoc loco peculium proprium sit filiorumfamil. nec patri acquiratur. Similiter etsi stipuletur patri ex caussa adventicii peculii, sic ex ea caussa acquiri actionem patri, quam ille suo nomine exerceat: ut tamen cum inde rem fuerit consecutus, ejus proprietas esse incipiat filii, ususfructus patris. Et certe putaremus id ita esse, nisi superioribus rationibus educti, certo statueremus, cum filius stipulatur patri, ipsum ex omni caussa patri acquirere in totum, non sibi. Huic autem sententiæ non modo non adversatur superius dictum, Justiniani, sed etiam maxime eam statuit. Nam si dum filius stipulatur patri, stipulatio ex his rebus est, quæ patri acquiruntur; vel auctore ipso Justiniano dicendum est, vocem filii in hoc genere stipulationis tanquam vocem patris intelligi debere, ut perinde res habeatur, quasi pater ipse esset stipulatus. Neque eo minus verum erit non semper vocem filii stipulantis pro voce patris haberi, ut puta in his, quæ patri non acquiruntur. Non enim semper filius patri stipulatur, sed ut plurimum sibi: quod cum fit, tum vere hæc distinctio adhibebitur, ut dicamus, eum ex hac re obligationem acquirere patri, si stipulatio sit de his rebus, quæ patri acquiri possunt, non aliter. Itaque si stipulatio de castrensibus bonis interposita sit, hæc filii erit propria, qui et sibi quæsitum voluit, dum stipulatur sibi; et sibi potuit quærere, quia esset stipulatio de peculio castrensi, quod jure non ad patrem, sed ad filium pertinet. Sin stipulatio sit de bonis adventiciis, hujus quidem actio dabitur patri, quam ille in solidum ex voluntate filii exerceat; sed ita, ut quod inde consecutus erit pater, ejus ususfructus ei acquiratur, proprietas filio; atque ita fiat, ut in hujusmodi stipulationibus vox filii tanquam vox patris intelligatur, sed usque ad usumfructum duntaxat. *L. ult. §. ubi autem, Cod. de bo. quæ lib.* † In titulum autem, *per* 27
quas pers. nob. ob. ac. in princip. ita scriptum est: *quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et ususfructus: quam nostra decrevit constitutio; ut quod ab actione commodum proveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente.* Infinite de eo, quod ex obligatione fuerit acquisitum, initio hæc scripta sunt; neque distinguitur, quæ ex obligatione fuerit quæsitum, aut cui: quibus verbis, si modo hæc tantum spectaremus, negari non potest, etiam quod filius patri stipulatus sit, contineri. Sed sequentia consulenda sunt: ex his qua de obligatione, et quomodo concepta Justinianus sentiat, liquebit. Loquitur de ea obligatione, ex qua quod acquisitum est, vult dividi inter patrem et filium, ut filio proprietas, patri ususfructus acquiratur. Loquitur de ea, ex qua sit quæ sunt actiones, statuit, ut pater eas moveat, et quidem ex consensu filii, quoniam hic ubique ad novam constitutionem suam nos revocat: id autem de consensu filii, quod dixi, ea constitutione cautum est, *L. ult. §. ubi, C. de bo. quæ lib.* Hac omnia liquido probant suprascripto in loco agi de eo, quod de bonis non paternis stipulatus est filius, aut aliter contraxit; sed sibi, et suo nomine, non pa-

tri. Nam si quid patri sit stipulatus, quomodo tandem filio inde proprietas acquiratur? fieri non potest. Aut enim ei per ipsum acquiri volumus, aut per patrem. Per se sibi non acquiret, ut qui noluerit sibi: denique ut qui sibi stipulatus non sit. *L. si genero. C. de jur. do.* Sed nec ei datum est, aut datum ejus nomine, ut quis dicat patrem ei possessionem acquirere posse, et per hanc dominium, *L. ea quæ, supra, de acq. rerum do.* Per patrem acquiri ei nullo modo potest. Nam ut paulo ante diximus, non ut filius acquirit patri, ita recipiendum est, ut pater acquirat filio: quippe qui non sit in filii potestate, ut quod ejus factum sit, id citra voluntatem et traditionem ejus ipso jure ad filium transeat. Necesse est igitur, si ex obligatione a filio contracta proprietatem rei inde paratæ acquiri volumus, hoc de ea obligatione intelligi, quam ipse sibi contraxerit, et suo nomine: ut isto modo et obligatio et rei inde quæsitæ proprietas ei per ipsum acquiratur. Jam quid sibi vult, quod Justinianus statuit, ut in hujusmodi obligationibus cum filio contractis pater actiones moveat? frustra hoc cavetur, et ridicule, si intelligamus filium stipulatum esse patri: Nam cui alii ex ea stipulatione acquireretur actio, quam patri, in quem stipulatio collata est? non enim verendum fuit, ne quis putaret ex ea caussa filium agere posse, eum sibi actionem quærere noluerit. *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* Postremo hic jubetur pater movere actiones ex consensu filii: quomodo ex filii consensu, nisi actio quoque sit filii? non enim ob aliam caussam constitutum est, ut soluto matrimonio pater, qui filiam in potestate habet, dotem a se profectam repetat ex voluntate filiæ, quam quod ea dos communis est patris et filiæ. *L. 2. in princip. et L. 3. supra, soluto matrimo.* At quomodo filii esse potest actio ex ea stipulatione, qua stipulatus est patri, non sibi? Quæ si omnia ei, qui patri stipulatus est, aut contraxit, convenire non possunt: neque hic, neque superior locus obstabit, quominus teneamus
28 id, quod supra definivimus: † Quidquid est, et quæcunque caussa, ex qua id nunc dico servus (de quo jus certum est) sed filiusfamil. nominatim patri fuerit stipulatus, ejus stipulationis et obligationem et emolumentum omne patri acquiri ita, ut eum in persona ejus possit consistere, ab eo in filium neque proprietas, neque quidquam
29 alind transferatur. † Dominorum loco in hac re habentur, qui in servo usumfructum habent, aut aliquem bona fide possident sive servum, sive liberum hominem: sed haetenus, ut illis per istos acquiratur duabus tantum ex caussis, nempe si quid hi ex re fructuarii, aut bonæ fidei possessoris, vel ex operis suis acquirant. Nam quod extra has caussas consecuti sunt, ad dominum proprietatis pertinet, cui et ipsi extra has caussas stipulando acquirunt. *§. de his, et §. idem, Instit. per quas person. nob. acquir.* Ad hunc locum pertinet titulis, *de stipulatione servorum,*
infra. † Atque ex his personis factum est, 30
ut regula de obligatione et actione alteri per alterum acquirenda ita conciperetur, a veteribus, per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. *L. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus, infra eodem. §. ex his, Inst. per quas pers. L. solutum, §. per liberam, supra, de pignor. actione. L. 1. C. per quas person. nob. acq.* Per liberam personam dictum est; quia per servos nobis acquiri potest tam nostros, quam alienos in quibus habemus usumfructum, aut quos bona fide possidemus. Quæ juri nostro subjecta non est; quia acquiri potest etiam per liberos, filios nimirum nostros, quos in potestate habemus. Neque bona fide nobis servit; quia etsi quis liber et extraneus in potestate nostra non sit, si tamen pro servo nobis bona fide possidentibus serviat, non minus et per eum nobis acquiratur ex suprascriptis duabus caussis.
† Servus communis seu publicus Reipub. 31
aut universitatis non est singulorum civium servus, ne pro parte quidem, sed solum universitatis. *L. in tantum. §. 1. supr. de rer. divis.* Multoque minus singuli aut eum possident bona fide, aut in eo usumfructum habent. Quo fit, ut si is stipuletur, valeat quidem stipulatio, ut scriptum est in *L. 3. infra, de stipula. ser.* sed ita, ut ipsi universitati, cujus est servus, acquiratur. Cæterum singulis civibus stipulando, his non acquiret: quia non sit in numero eorum, per quos cuique acquiri posse diximus. Nam quod servum publicum aliquando adhiberi legimus ad stipulandum pupillo, ut in *L. 2. infra, rem. pup. sal. for. et L. non aliter, supra de adop.* ejusmodi est omnino, ut hoc ipsum confirmet potius, servum publicum civi stipulando non magis ei acquirere posse, quam quemvis extraneum et liberum, qui idem faciat. Jam primum animadvertendum est, in caussa tantum pupilli hoc receptum esse, ut adhibeatur ad stipulandum pupillo; neque id passim, sed tunc solum, cum Magistratus pupilli nomine satisdationem pro officio exigere cogitur vel a tutore, de quo

scriptum est in dicta, *L.* 2. *infra, rem pup. sal. for. L.* 1. *§. exigere, supr. de magn. con.* vel a pupilli arrogatore, de quo in *L. non aliter, supr. de adop.* Neque id satis: non enim concessum est Magistratui in his caussis ad stipulationem interponendam servum publicum pro arbitrio adhibere, sed hac lege solum, si necesse erit Magistratui id facere, quia non possit aliter eo nomine pupillo caveri. Nam ad stipulationem, rem pupilli salvam fore, non adhibetur servus publicus, nisi cum pupillus vel abest, vel infans est, et servum non habet, qui ei stipulando jure publico acquirat. *d. L.* 2. *rem pup. sal. for.* Ad cautionem autem ab arrogatore auferendam, qua heredibus pupilli caveatur, frustra adhibeatur pupillus. Neque enim potest cavere heredibus suis, qui heredem habere non potest. Qualis est pupillus arrogatus, si in potestate patris arrogatoris manens decedat. Ex quibus intelligimus neque servum publicum alii stipulari posse, quam pupillo, neque pupillo, nisi in suprascriptis tantum duabus caussis: neque in his etiam caussis pupillo stipulando posse ei acquirere, nisi jubeatur a Magistratu stipulari; neque vero a Magistratu juberi posse, nisi tunc, cum aliter pupillo officio Magistratus cautum esse non potest: ut appareat omnino non tam hic servi conditionis, quam pupilli, et Magistratus, et necessitatis pupillo cavendi habitam esse rationem. Observetur præterea ita recipi, ut servus publicus stipuletur rem pupillo salvam fore, cum nullus alius est, qui ei stipuletur: ut tamen inde actio non acquiratur pupillo ipso jure, sed tantum utilis. *L.* 4. *infra, rem pup. sal. fo.* Quo declaratur in hoc servo nihil esse eorum, propter quæ servum diximus alteri acquirere posse stipulando. Alioqui domino, aut possessori ex re ejus stipulando ei directam actionem acquireret. Sed ex his hærere adhuc potest hic scrupulus, quod aliquando saltem videri potest per servum publicum alteri actio acquiri posse: quod non item fieret per liberum hominem. Sed ut certo intelligatur ne hic quidem inter servum publicum, et liberum hominem, qui civi extraneo stipulentur, ullum esse discrimen: diligenter observetur sic in satisdatione, rem pupilli salvam fore, servum publicum a Magistratu adhiberi posse et solere ad stipulandum, ut non minus recte possit quivis alius etiam liber ad eam rem adhiberi. *L.* 3. *infra, rem ratam hab.* Usque adeo, ut placeat etiam Magistratum ipsum stipulari posse pupillo, et stipulantem non minus utilem actionem pupillo acquirere. *dict. L.* 1. *§. exigere, supr. de mag. con.* Nec dubium est, quin et in stipulatione, quæ ab arrogatore exigitur, idem possit admitti. Sed ideo frequentius fuit olim in ea re adhiberi servum publicum, quia in eo officio quod a Magistratu injungitur alicui velut pro imperio, honestius fuerit servum adhiberi, quam civem; et in servis commodius et melius rem transigi per eum, qui sit publicus, quam per eum, qui sit alterius privati. Ut enim servus publicus noster non sit, certe hoc ipso, quod publicus est, plus in eo juris habemus, quam in eo, qui neque recta, neque per consequentiam ad jus nostrum pertinet. Verum est igitur, quod dixi, servum publicum non esse singulorum etiam pro parte: hunc nihilo plus singulis stipulando posse acquirere, quam liberum quemvis hominem, qui civis civi stipuletur. Nam et sicubi recipiatur, ut possit ad alteri stipulandum adhiberi, non minus in eo recipi, ut adhibeatur liber. Proinde nihil hunc ad hoc genus servorum, per quos aliis acquiri posse diximus, pertinere. † Quoniam tamen hic acquisitio quædam est, non abs re quærat aliquis, quod vel servus publicus, vel liber homo pupillo aliquando stipulari potest, ad quod genus ex tribus a nobis propositis velimus hanc speciem referri: cum neque isti sint in potestate pupilli, neque ipsis pupillus succedat, aut successionis jure istam obligationem occupet, multoque minus isti ipsi dominorum loco in rerum pupillarium administratione habeantur. Et dicendum est, cum Magistratus istos adhibet ad stipulandum pupillo, ipsum Magistratum pupillo stipulari videri, utpote cujus jussu id fit, cujus et officio res recte gerenda commissa est. Itaque pertinet hæc species ad genus tertium, de quo postea. 32

Hoc † etiam loco de tabulariis, seu tabellionibus, et iis qui notarii publici vulgo appellantur, tractatum est. Et jam olim recepta in vulgus (1) interpretum hæc sententia est, hos civibus quibuslibet et præsen- 33

(1) Guido Papæ *decis.* 49. Gomez 2. *resol.* 11. *n.* 18. *Vasq.* 3. *usu freq.* 58. *n.* 6. Ant. Massa *tr. ad Form. Cum. oblig. p.* 2. *q.* 3. Sed nostro quoque consentit Tiraq. hac de re fuse et exactissime, variis opinionibus et distinctionibus relatis, agens de Jure const. possess. *p.* 3. *limit.* 30. *fere tota.* Ubi *n.* 29. *et seq.* hoc non probari ex jure communi ostendit et LL. objectas dissolvit. Sed *n.* 45. testatur aliter consuetudine servari. (qui et

tibus et absentibus recte stipulari, iisque obligationem acquirere in his rebus, quæ ipsis testibus et rem publicæ fidei caussa scripto complectentibus transiguntur: scilicet, ut ipsi volunt (quod ad hujus loci rationem pertinet) quia hi sunt servi publici, ac servi publici alteri stipulari possunt, eique stipulando acquirere. Quorum utrumque perspicue falsum est. Primum tabularios moribus nostris liberos esse constat: neque vero alii ad hoc munus admitti possunt ex constitutionibus. *L. 3. Cod. de tab. libro decimo.* Quod si hi liberi, quomodo servi publici, qui ne servi quidem sunt? Dicent inservire eos publico, quia est eorum publicum munus. Sed non ideo servi, quales nune servos quærimus ad alteri acquirendum. Idem et apparitores Magistratuum faciunt, et magistratus ipsi: neque tamen hos quisquam appellat servos publicos, aut propter officium publicum dicit alteri stipulari posse. Non enim ad eam rem inventi et constituti sunt. Sic quoque et tabularii instituti, qui res inter aliquos gestas et contractus exciperent, easque mandarent literis, non qui ipsi aliis contraherent, eisque conficerent obligationes. Demus tamen tabularios esse servos publicos: ideone verum est posse eos civibus stipulando his acquirere? At vide, quot modis id falsum deprehendatur. Primum ne servi quidem illi, qui vero servi sunt, et publici, quorum argumento isti utuntur, ulli alii stipulari possunt, quam pupillo, idque in satisdatione tantum, rem pupilli salvam fore; et quidem ita urgente commodo pupilli, ac Magistratu jubente eam stipulationem a servo publico interponi. Possunt et stipulari pupilli heredibus: sed in arrogatione dumtaxat, idque etiam, ut supra, ita imminente et jubente Magistratu. Hoc vero quid ad alias personas, et alias caussas, omninoque ad voluntarias servi stipulationes pertinet? Quales tamen tabulariorum stipulationes esse volumus. Quod si quod de servis publicis in his caussis constitutum est, velumus ad alias quoque personas et caussas transferre; consequens erit etiam quemvis liberum hominem quamvis privatum cuivis alii stipulando cavere posse. Nam ut servus publicus in supra scriptis caussis jubente Magistratu pupillo ejusve heredibus recte stipulatur; ita et quemvis alium privatum, eumque liberum ad eandem stipulationem conficiendam adhiberi posse receptum est, ut supra diximus. Quid, si ne illa quidem, quæ servi publici in superioribus caussis faciunt, tabularius facere potest, ut tabularius, seu, ut isti loquuntur, ut servus publicus? ut dicendum sit servorum publicorum exemplum nullo modo ad tabularios, quatenus tales sunt, pertinere. Et certe ita res habet, ut si forte tabularius jubeatur in satisdatione a tutore exigenda stipulari pupillo rem pupilli salvam fore, id non tanquam tabularius id faciat, sed tanquam quivis privatis. Officium enim tabularii est, ut instrumenta de rebus rite conficiat, et testimonio suo in munere publico rei gestæ fidem et auctoritatem publicam conciliet. In hac re autem ad quid tabularius adhibetur? Ut stipuletur videlicet, non ut quidquam testatum faciat de ea stipulatione, quod et ipsum esset supervacuum. Cum enim res geratur apud Magistratum, ineptum esset aliud testimonium adhibere, ubi publicorum monumentorum, idest, actorum fides sufficit. *L. in donationibus, Cod. de donat.* Itaque qui uno servorum publicorum argumento, et superiorum locorum auctoritate moti tabulariis potestatem publice aliis stipulandi, iisque obligationem acquirendi tribuerunt, apparet eos non modo nullum hujus sententiæ argumentum in Jure Civili habere; sed etiam et verbo servi, et superioribus locis evidenter refelli. Invaluit tamen, ut dixi, jam olim hæc sententia in vulgus interpretum, indeque non minus potenti, quam fœdo errore pervasit in mores et consuetudines regionum, ut jam pro jure observetur: quod quidem ego, si placet, et publica auctoritate defenditur, nec muto, nec possum. Attamen cum de jure agitur, non quid errore contra jus obtineat, sed quid jure obtinere possit et debeat, quærere et spectare debemus.

notarium non dici servum publicum in LL. scribit *Tr. de Nobil. C.* 30. *n.* 9. *uti et* Forcat. *dial* 98. *n.* 3.) *et* Hot. 4. *obs.* 25. quia etsi tabelliones sint publici conscriptores instrumentorum, non tamen si quis publicus, ideo singulorum servus. Syndici quoque, ait Hot. quamvis universitatis actores, tamen ad stipulationis interponendas data opera constituti, *L. ult. Quod. cui. Univ. et* Gifan. *ad L.* 11. *de O. et A. n.* 14. *et A. Fab.* 47. *err. prag.* 2. *et* 3. Quo facit quod nec librariorum munus olim publicum, sed privatum, ut probat. P. Fab. *ad L.* 92. *de R. I. pag.* 426. Denique observantiam istam potius ex consuetudine quam jure firmatam fateatur, laudato Donello. Tessaur. *Decis.* 70. *n.* 2. An. notarii stipulatio acquirat ante ratihabitionem, vid. *et Cacheran. decis.* 33. Andr. ab Exea *Lib. Pactorum n.* 187. *et seqq.* Fachin. 8. *Contr.* 91.

Atque hæc de primo genere eorum, qui
34 alteri stipulando et cavendo ei acquirunt. †
Secundum genus est decessorum heredibus
suis caventium. Heredi nostro et stipulando,
et contrahendo, et paciscendo cavere possu-
mus. §. *si quis ita. supr. ea. L. et L. avus.
supr. de pac.* Ac si quidem mihi stipuler,
adjuncta heredis persona, puta mihi heredi-
que meo decem dari, nulla dubitatio est. *d.
§. si quis ita, et §. suæ personæ, ead. L.*
Hujusmodi enim stipulatione primum mihi
quæsita est obligatio, quæ cum in persona
mea constiterit, sic deinde certo successionis
jure transfertur ad heredes: quorum hæc
conditio est, ut in omne jus defuncti succe-
dant *L. heres in omne, supr. de acq. her. L.
35 nihil aliud, infr. de ver. sig.* † Sed an soli
heredi stipulari et cavere possumus? Non
temere est, quod dubitetur. Primum regula
juris alteri stipulari nos vetat: aut quæro,
cur liceat stipulari heredi potius. Sed quod
præcipue heredem ipsum ab hac acquisitione
removere videtur, est hereditatis et successio-
nis natura. Heres, quatenus heres est, nihil
amplius obtinet, quam hereditatem. Heredi-
tas nihil est aliud, nisi successio in univer-
sum quidem jus, sed jus defuncti, idest, ad
jus quod jam ante defuncti fuit. *d. L. nihil,
de ver. sig. et L. hereditas, infr de reg.
jur.* Qui potest igitur tanquam heres, seu
successionis jure obtinere eam obligationem,
quæ olim nec defuncti, nec jacentis here-
ditatis fuit, utpote neque in defunctum,
neque in hereditatem, sed in solum heredem
collata? Atqui talis est stipulatio, qua quis
heredi tantum suo stipulatur, non sibi. Nos
vero hoc loco adversus superiores objectiones
hanc sententiam statui volumus, ita licere
stipulari heredi, ut quamvis soli heredi sti-
pulati simus, tamen stipulatio valeat et mor-
tuis nobis et obligatio et actio acquiratur non
aliter, quam si ipse sibi esset stipulatus. Si
de hoc jure ante dubitatum esset, tamen cer-
tum esse cœpit post constitutionem Justinia-
ni, qua cautum est, ut in stipulationibus,
contractibus, et legatis omnibus liceret et ab
heredibus, et contra heredes incipere actio-
nes, et obligationes. *L. unica· C. ut act. et ob
her. et cont. her. inc.* Nunc autem ut intel-
ligatur id semper certam rationem habuisse,
etiam apud veteres jam olim idem obtinuit,
non minus heredi, quam nobis cavere licere;
denique licere stipulari heredi, quod in per-
sona defuncti neque constitisset, neque ex
conceptione stipulationis consistere potuisset.
Utputa, licuit stipulari heredi usumfructum,
qui nunquam fuit defuncti: licuit stipulari
heredi ire agere licere: quod tamen factum
si defunctus ipse sibi stipulatus esset, nihilo-
minus cum persona ejus extingueretur. *§. si
quis ita, sup. ead. L.* † Neque hoc (2) de jure 36
vetere negat Justinianus in *d. L. 1. C. ut act.
et ob. her. et cont. her. inc.* cum ait veteres
non concessisse ab heredibus incipere actio
nes et contra heredes. Non enim simpliciter
dicit hoc non concessisse veteres; sed addit
non concessisse eos contemplatione stipula-
tionum, cæterarumque caussarum post mor-
tem conceptarum: significans in his tantum
stipulationibus et caussis, quæ ita conceptæ
sint, usurpatam fuisse a veteribus illam re-
gulam, neque longius esse productam. † Et 37
sane magna caussa erat, cur hujus generis
stipulationes præter cæteras rejicerent vete-
res, si quis conceptionem modo earum spe-
ctaret. Sunt enim genere ipso conceptionis
impossibiles, cum aut quis stipulatur sibi dari
post mortem suam, aut se datorum, vel
facturum post mortem suam promittit. Nam
quomodo aut mortuo dari, aut mortuus dare
potest? heredibus stipulatoris dabitur, in-
quies, et promissoris heredes dabunt. At hoc
stipulatione comprehensum non est: sed et
stipulator stipulatus est sibi dari, et promis-
sor se promisit daturum. Ergo ipsam con-
ceptionem verborum secuti veteres, ut dixi,
hoc genus rejecerunt, non quia actio et obli-
gatio ab heredibus inciperet, sed quia si per-
sonas stipulatione comprehensas retineremus,
datio et præstatio esset impossibilis. Unde in
§. post mortem, Inst. de inut. stip. ubi ex
professo de hoc genere agitur, non aliæ im-
probantur stipulationes, quam cum post mor-
tem suam sibi dari quis stipulabatur, aut
stipulabatur ab aliquo dari post ejus mor-
tem: item hæ, pridie quam moriar, vel pri-
die quam morieris, dare spondes. Ex quo
apparet, non idem probasse veteres, si quis
post mortem suam stipularetur; sed aut sim-
pliciter, ut heres intelligeretur: aut nomina-
tim heredi suo, qua utrobique stipularetur
heredi, idest, ei cui natura dari posset, et

(2) Diff. omnino Gifan. *ad L. 11. de O. et A. n. 11. 1.* Quia LL. tantum de conjuncta formula agunt, non de sejuncta, solaque herede. 2. Quia obstat regula: Act. ab herede non incipere, quæ sublata quibusdam casibus. *L. un. C. ut act. ab her.* non in totum. 3. Quia nec exceptio hujusmodi pacto acquiritur *L. 17 §. 3. de pact.* (quæ tamen hoc non probat.) Atque hæc opinio, jure veteri inspecto, vana non videtur, licet noster dissentit: jure novo autem non item.

38 cui jure possit cavere. ✝ Manebit igitur omni jure et vetere et novo, ac si minus vetere, certe ex constitutionibus receptum esse, ut si quis stipuletur tantum heredi suo, recte stipuletur, idque assequatur ut etiam ab herede incipiat obligatio et actio. Nititur hoc jus una hac ratione, quam supra posui, quod heres eum in jus omne succedat et locum defuncti, ejusque vicem subeat: *L. quædam. §. 1. supr. de ed. L. 1. 2. et 3. supr. de bo. poss. L. more. L. heres in omne. supr. de acq. her.* merito putetur eadem persona esse cum defuncto, qualis esse dicitur a Justiniano *in Novel. de jur. a mo. præst.* Habet vero hæc ratio, quo se hoc jus adversus superiores subjectiones duas facile tueatur. Etenim si objicitur eum stipulari inutiliter, qui stipulatur alteri, negabimus eum alteri stipulari, qui stipulatur heredi, quia heres sit defunctus alter: ut dici possit, eum defunctus heredi stipulatus est, aut ipsum sibi stipulatum videri heredis caussa ut hoc ipso deinde stipulatio ad heredem transeat, aut heredem ipsum sub persona defuncti videri sibi stipulatum. Si dicitur non posse heredem succedere in eam obligationem, quæ defuncti non fuit, fatebimur: sed referemus idem, quod supra, defunctum, tum stipulatur heredi, in persona ejus videri stipulatum sibi: quia, ut dixi, heres sit defunctus alter, et ideo perinde res sit, ac si heredi stipulando sibi stipulatus esset, sed ita, ut differretur obligatio in id tempus, cum ipse esset mortuus: sicut eveniret, cum quis stipulatus esse sub conditione, quæ non nisi mortuo stipulatore extitisset. *§. ex conditionali, Inst. eod.* Et quemadmodum cum quis nominatim heredi stipulatus est, superiore ratione efficitur ut intelligatur stipulatus sibi, dum unius persona repræsentat alteram: ita consentaneum est e converso, ut si quis stipuletur sibi, quod nisi heredi deberi non potest, sibi stipulando, videatur stipulatus heredi eadem

39 ratione. ✝ Neque vero alia ratione defendi recte potest, quod placuit Justiniano hujusmodi stipulationes valere, cum quis stipulator post mortem suam sibi dari. Nam ad naturam si respicimus, mortuo stipulatori dari non potest, ut qui morte esse desierit in rerum natura. Potest heredi dari: sed is ex hac stipulatione, ut ejus conceptio, est frustra petet: quia neque in persona defuncti prius obligatio constitit, ut quis dicat eam obligationem a defuncto in heredem posse transferri; neque defunctus heredi est stipulatus, ut dici possit actionem hoc casu ab herede posse incipere. Cur ergo nihilominus hic heredi actionem dari placet? Quia ex supra scripta ratione recte defenditur, etiam tum cum heredi datur, recte dici defuncto dari: quia scilicet heres sustineat personam defuncti, ut testator quamvis natura mortuus, tamen per successionem in persona heredum adhuc vivere intelligatur. Scio Justinianus admittere superiores stipulationes ex mente et sententia contrahentium in *d. L. C. ut act. ab her. et §. post mortem. Inst. de inut. stip.* quasi qui stipulatus est post mortem suam, videatur stipulatus heredi suo dari, quamvis verbis stipulatus sit sibi: idque etiam contrahentes senserint. Et recte Justinianus. Sed quæritur unde hæc sententia colligatur. Non enim satis est dicere, non esse tam imperitos contrahentes, aut stultos potius, ut putent mortuo stipulatori dari posse. Esto, non putarint. At quid, si stipulator aperte sibi post mortem dari stipulatus sit, non heredi? An quod fecisse eum constat, fecisse negabimus? Et certe non auderemus negare, si verba ambigua non essent, neque possent ad heredem etiam referri. Arg. in *L. quicquid, infr. eod. L. non ferendus, sup. de trans.* Nunc autem ex superiore ratione intelligimus etiam ad heredem referri posse; quia si heres eandem personam sustinet cum defuncto, eveniat, ut quod heredi dabitur, sub hujus persona ipsi stipulatori defuncto datum videatur. Id quod si verba admittunt, etiam de eo sensisse contrahentes, ut fieret, quia fieri potuit, credendum est. *L. quoties in. 80 infr. L. quoties in. L. ubi. supr. de reb. dub.* Ita dum constitutionem Justiniani supra scriptam recte tueri volumus, semper ad superiorem rationem referri necesse est. Ergo, ut dixi, heredi nostro et stipulari, et paciscendo cavere possumus. Videndum est, an omnia; etsi forte plures sint heredes an uni tantum, et quatenus, nam de his video dubitari. ✝ Et stipulando quidem constat licere heredi acquirere, et quod in dando sit, 40
et quod in faciendo. *L. continuus, §. ult. infr. eod.* parumque retulerit, utrum id stipuletur quis, quod et sibi potuerit acquirere si sibi stipulatus esset, an quod in persona stipulantis consistere non potuerit, ut si quis stipuletur usumfructum heredi suo: nam hic quidem ususfructus alius est ab eo usufructu, qui aut fuit, aut esse potuit defuncti: et tamen nihilo secius stipulatio ad heredem pertinet. *§. si quis ita. supr. ea. L.* ✝ Sed an 41
pacisci quivis potest, ne ab herede petatur, quod ille debet, quacunque tandem ex caussa debeat? quid enim, si quid debeat heres suo proprio nomine, non hereditario, et de eo ab herede non petendo decessor pacisca-

tur? Movet, quod ei non videtur exceptio acquiri ut heredi, sed ut extraneo : quod jus non patitur. Quod enim heres hic debuit, constat eum nequaquam ut heredem debuisse, ut qui debuerit etiam ante, quam heres esset et quamvis non exstitisset heres, tamen esset porro idem debiturus. Huc accedit, quod non videtur esse posse exceptio hereditaria, quam ipse sibi defunctus non dico acquisierit, sed ne acquirere quidem potuerit, si vellet: qualis est hæc de eo, quod heres non ut a defuncto in se translatum, sed suo nomine debuit : frustra enim pacisceretur defunctus, ne a se peteretur id, quod non debuit, ubi et sine ulla conventione adversus eum nulla esset actio. Et puto utiliter quemque heredi suo pacisci, ne ab eo petatur, quod ipse debet, non tantum si debitum sit hereditarium, de quo constat ex *L. avus, supr. de pac.* sed etiam si non sit hereditarium, sed cum herede aliunde contractum. Nam si cujusvis rei etiam alienæ actionem stipulando heredi suo acquirere concessum est; quanto magis in debito non alieno, sed heredi proprio licere debet paciscendo ei exceptionem acquirere? Ut enim ad liberandum, quam ad obligandum propensiores esse debemus. *L. Arrianus, supr. de ob. et ac.* ita facilius exceptionem alicui ad eum liberandum quam actionem ad alium obligandum acquiri certum est. arg. in *L. invitus, §. 1. infr. de reg. jur. L. in prin. supr. de pig.* Nihil ad rem pertinet, quod debitum non est hereditarium, de quo heredi cautum est : de obligatione enim heredis non agitur, sed de exceptione a defuncto parta. Ipsa obligatio non est sane hereditaria ; sed non eo minus hereditaria est exceptio et pactio, quam ad heredem transire dicimus. Id enim omne hereditarium dicendum est, quod a defuncto profectum, idest, vel ex defuncti bonis, vel opera defuncti et beneficio deinde jure hereditario, idest, hoc ipso, quod heredes sumus, ad nos transit. *L. hereditariarum, supr. de ob. et ac.* Multo minus offendi debemus eo, quod istius debiti exceptionem, ne si vellet quidem, sibi defunctus acquirere potuit. Nam et earum rerum nomine, quæ in persona defuncti consistere nullo modo potuerint, heredi caveri posse satis intelleetum est supra exemplo usufructus, quem placet unumquemque heredi suo utiliter stipulari, quamvis hic sit alius ususfructus, et is qui nunquam potuerit esse defuncti. *d. §. si quis ita, supr. ea, L.* Licet igitur quidvis heredi et stipulando et paciscendo cavere : ut perinde heredi eo facto cautum sit, ac si ipse sibi stipulatus aut pactus esset. † Etiamne uni tantum ex pluribus, si forte 42 defuncto plures erunt heredes? nam de hac re varie scriptum videtur, in *L. continuus, §. ult. inf. eod. et L. avus. sup. de pac.* item in *L. eum qui ita, §. 1. infr. eod.* Et nisi quid necesse sit cautionem, qua unius tantum heredis persona expressa est, acquiri cæteris heredibus, fatendum est uni heredi ex pluribus recte caveri, ut ei solum inde acquiratur saltem pro parte. Idque ei definitioni, quæ de herede posita est, consequens est. Nam si heredi cavere possumus, licebit et uni cavere, cum unus est ; licebit et cum plures sunt, cavere singulis saltem pro portione hereditaria ; quoniam et singuli hactenus sunt heredes. Ibi si cæteri heredes in eam cautionem non vocabuntur, perspicuum est sic ei, cui cautum est, inde acquiri, ut soli acquiratur. Quod si necesse sit cautionem acquiri omnibus, jam hic eveniet, ut ei quidem, cui cautum est, itidem acquiratur ; sed ita, ut non possit dici uni tantum acquiri, quod pariter ad omnes pertinet. Ita omnis de hac re quæstio in eo est, an quod uni ex heredibus cautum est, necesse sit acquiri omnibus : de quo si quis recte statuet, simul de eo, de quo quæritur, recte statuet, quod et satis indicatur in *L. continuus, §. ult. infr.* ubi non est satis Venulejo dicere, quod dari stipulamur, uni per nos acquiri non posse : sed adiicitur per adversativam, quod declaret, quamobrem non possit: *sed necesse est*, inquit, *omnibus acquiri*. Mihi autem de eo ita statuendum videtur, ut siquidem obligatio et cautio a defuncto cœpit, ideo ei quæsita, quod sibi prius cavisset, et præterea cautio non personæ ejus cohæret, sed est perpetua ; tum necesse sit ad omnes heredes transferri, quod defuncti fuit, nec eum persona ejus exstinguitur. Sin aut defuncti non fuit obligatio seu cautio, ut qui sibi prius non cavisset, sed uni heredi dumtaxat ; aut fuit illa quidem defuncti, quoniam is et sibi cavisset, sed ita ut cautio esset personalis ; hic nullo modo transire possit ad cæteros heredes, quod vel defunctus non habuit, vel ita habuit, ut cum persona finiretur. Atque hinc veterum distinctio de quæstione proposita esse reperietur, tradita in *d. L. continuus. §. ult. infr. eod. et d. L. avus. supr. de pac.* Sed quoniam illa obscurius paulo scripta est, et deesse ei aliquid videtur, enitendum est, ut de re tota plenius aliquid, et explicatius tradamus. Ergo cum defunctus uni ex heredibus quid stipulatus aut pactus est ; quæritur, utrum soli ei acquiratur, non cæteris, hæc erit distinctio ut existimo, quam

recte teneamus; certe quam recta ratio et superior notio nobis præscribit, ut putemus interesse, utrum defunctus uni tantum heredi suo caveat, nun sibi; an simul et sibi, et uni ex heredibus. Siquidem heredi tantum; huic ipsi heredi acquiri tantum ex ea cautione; cæteris ideo non acquiri, quia nec possit. Sin sibi et simul uni ex heredibus, ne sicquidem statim effici, ut necesse, sit cautionem acquiri etiam cæteris, sed una hac caussa, si quis dari stipuletur sibi et Titio heredi suo: in cæteris omnibus tum stipulationibus, tum pactionibus contra; ut proinde ei soli, cui cautum est, necesse sit acquiri. Quæ an vere, et quamobrem tam, ut videtur, varie dicantur, paucis videamus. Principio hoc statuo, si quis heredi tantum suo stipuletur; aut paciscatur, ne ab herede tantum suo petatur, quantumvis uni ex pluribus id caveat, et quod stipulatur, in dando sit, non faciendo, id soli ei cui defunctus cavit, utiliter caveri, ut soli acquiratur, cæteris heredibus nihil; De pacto constat ex *L. avus, supra, de pac.* ubi non tantum generaliter definitur nihil obstare uni tantum ex heredibus paciscendo providere, si heres factus sit, cæteris autem non consuli; sed etiam de eo id scriptum est, qui pactus est, non tantum ne ab herede, sed ne a se etiam petatur: quo tamen caso facilius potuit pactio a defuncto ad heredes transire. Sed et de stipulatione, quæ in faciendo sit, qua defunctus uni tantum ex heredibus quovis modo caverit, inter omnes convenit ex *d. L. continuus, §. ult. infr.* De stipulatione dandi ex eo ipso loco a plerisque dubitatur, quoniam ita verba sunt generaliter et sine distinctione scripta. Præterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse omnibus acquiri. Nos vero sciamus fieri non posse, ut quod defunctus solum Titio heredi suo stipulatus est, non sibi, id acquiratur cæteris heredibus: ut proinde necesse sit solum Titio vel solidum, vel in partem saltem acquiri. Nam utrum fiat, nondum quærimus; nunc hoc tenemus cæteris nihil inde acquiri, ac nec posse acquiri. Primum quomodo possunt ex ea stipulatione agere, qua non sunt comprehensi? Stipulatio verbis constat, et quidquid astringendæ obligationis caussa est, nisi palam verbis exprimitur, pro omisso habendum est. *L. quidquid, infr. eod.* Hi porro nullo modo verbis appellati, imo vero etiam verbis exclusi sunt. Stipulatio præterea perficitur consensu. *L. continuus, §. 1. infra.* Quomodo igitur potest hæc stipulatio pertinere ad cæteros, qua non modo ut illis daretur, non convenit, sed etiam aperte convenit, ut conceptio declarat, ut soli Titio daretur, ac proinde nihil cæteris? Nihil multis opus est. Si quod defunctus uni tantum ex heredibus dari stipulatus est, cæteris heredibus acquiritur, omnino his per aliquem acquiri necesse est, ac nisi acquiritur per aliquem, nullo modo acquiritur. Utrum ergo ex persona defuncti agent? at neque is stipulationem sibi acquisivit, quam posset transmittere, quoniam sibi non est stipulatus; neque acquisivit cæteris heredibus, quoniam noluit his acquirere: imo vero uni tantum cavendo, cæteros voluntate sua removit. An potius agent ex persona sua? at neque ipsi sibi stipulati sunt, neque adeo quisquam eorum nomine, nedum is, qui ipsis acquirere potuerit. Ex persona vero heredis ejus, cui cautum est, absurdum est, si quis dicat eam stipulationem transferri ad cæteros; cum neque ille sit his, aut etiam sibi stipulatus; neque si stipulatus esset, tamen posset per eum cæteris acquiri. Neque porro plures sunt in hac specie, per quos stipulatio superior defuncti his heredibus, quibus cautum non est, acquiratur. Ex quo efficitur his nullo modo eam acquiri posse. † Neque vero id negatur in *L. continuus, §. ult. inf.* si 43
modo is locus de his scriptus est, qui stipulantur quidem uni ex heredibus, sed prius sibi, adjuncta nimirum unius heredis persona: in quam sententiam is locus accipiendus est, Nam qui eum generaliter accipiendum putant non tantum de his, qui sibi et uni ex heredibus stipulantur, sed etiam de his, qui stipulantur recta uni ex heredibus omissa personæ suæ mentione; hi neque verba ejus loci, neque rem de qua agitur, et sententiam Venuleii satis expendere videntur. Verba hæc sunt, *quod dari stipulemur* generaliter hoc quidem, et indefinite: sed tamen impersonaliter, Sciendum est autem in usu juris, cum homo liber impersonaliter stipulatur, aut etiam proponitur impersonaliter stipulatus, sic verba accipi, quasi stipulatus esset sibi, aut etiam diceretur sibi stipulatus. *§. sicut, in fin. et §. si quis ita, supr. ead. L.* vel hoc ipso in *§. alteri*, cum paulo post Ulpianus ita scribit, *pœnam enim cum stipulatur quis. inspicitur, quæ sit quantitas quæque conditio obligationis;* his verbis, *cum pœnam stipulatur quis*, omnis intelligunt hoc dici, cum stipulatur quis sibi, non alteri: nam alteri pœnam dari non minus stipulamur inutiliter, quam quidvis aliud ei dari, aut fieri. Quo ex usu, cum in *d. L. continuus, §. ult.* ita scribitur, *quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus*

acquiri, his verbis, *quod dari stipulemur*, intelligere debemus, quod nobis dari stipulemur. Idque extremis verbis ejus loci Venulejus satis declarat: subiicit enim. *At cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi*, quid sibi vult illud *etiam*, nisi posse unius heredis personam comprehendi etiam cum aliis? non intelligit cum cæteris heredibus, cum unum tantum heredem comprehendi ponat. Hoc igitur sentit comprehendi recte unius personam etiam cum persona nostra, qui fieri stipulamur. Idem significat verbum comprehendi. Is enim comprehendi proprie dicitur qui comprehenditur cum aliis, et maxime si cum ipso stipulatore. *L. cum, qui ita*, §. 1. *et* § *qui sibi*, *infr. cod.* ut plane apud Venulejum sit ea stipulatio, de qua in §. *si quis ita, et* §. *suæ, supr. hac. L.* in qua nimirum stipulatur quis sibi, et suæ personæ adjungit heredis personam, quod facere posse dicitur in *d.* §. *suæ*. Unde quæstio, an si quid quis stipuletur sibi dari, possit etiam unius heredis personam adjungere, quod Venulejus negat. Quod si in verbis aliquid esset ambigui: tamen res ipsa et sententia cogit de hoc stipulatore definitionem Venuleii interpretari: quia ei, qui uni tantum ex heredibus stipulatus sit non sibi ea definitio nullo modo possit convenire: cum dicat, quod dari stipulemur; necesse esse omnibus heredibus acquiri, quod aperte falsum esse satis antea probamus, si agatur de eo, qui heredi tantum, 44 non sibi stipuletur. † Sit igitur hoc ratum quod defunctus uni ex heredibus stipulatus, pactusve sit et heredi solum, non sibi id cæteris heredibus nulla ratione acquiri posse; ut consequens sit soli ei, cui cautum est, acquiri. Quæ sequuntur, non obscuris locis expressa sunt, sed eorum ratio, quæ nobis explicanda est. Si quis quid, inquam uni quidem ex heredibus caveat, sed sibi simul et heredi; puta stipuletur sibi et Titio heredi suo; aut paciscatur, ne a se, neve a Titio petatur; de eo hæc distinctio tradita est. Siquidem stipuletur dari inutiliter uni heredi caveri, quia nihilominus acquiratur omnibus heredibus; Sin alia cautio sit, quam dandi; eam soli ei heredi acquiri, qui stipulatione est comprehensus, non item cæteris: cujus generis est, si stipuletur defunctus sibi et Titio heredi, quod in faciendo est, veluti ire, agere: aut paciscatur ne a se, aut ne a Titio herede petatur. Hoc de stipulatione jus traditum est in *d. continuus*, §. *ult. infr. eod.* de superiore autem pactione in *d. L. avus, supr. de pac.* Et quod ad stipulationem dandi attinet, qua quis sibi et Titio heredi decem dari stipulatur, non usque adeo obscuram rationem habet, quod placet ex hac stipulatione non soli Titio acquiri, sed necesse esse acquiri omnibus heredibus. Cum enim defunctus primo sibi stipulatus est, statim illi quæsita est stipulatio, et obligatio; quæ si ita est perpetua, ut est, nec personæ defuncti cohæret, non potest, quin ad omnes heredes transeat, pro qua parte sunt heredes: cum si hereditas successio est in universum jus, quod defunctus habuit *L. hereditas, inf. de reg. jur. L. nihil aliud. inf. de verb. sig.* oporteat omnem heredem, quatenus heres est, in id jus omne succedere. *L. heres in omne, supr. de acq. her.* Ideo quæ in omnibus sunt, ut ad heredem unum transeunt cum est unus tantum defuncto heres: *d. L. heres, in omne:* sic transeunt ad omnes, cum plures heredes sunt, et quidem ita, ut ipso jure inter eos in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum dividantur. *L. ea quæ C. fa. ercisc.* Sed cum convenerit, ut uni, tantum decem darentur, cur defuncti conventio, rata non est? Quia est contra jus: stipulator enim uni decem sibi debita. Prius efficiat, ne sibi debeantur: tum eveniet, ne quod uni tantum stipulatus est, perveniat ad cæteros: si ei debebuntur, jus non patitur, ut quod ipsius sit, ad unum tantum transeat, non ad omnes. Quod si ad omnes transit, quomodo unius fieri potest, quod jus vult fieri omnium? Nam quod quidam dicunt ideo uni tantum ea decem acquiri non posse, quia ultra portionem hereditariam extraneus sit; extraneo autem stipulari non possimus: vereor ut satis sit tutum. Etenim si in his nihil pertineret ad cæteros, existimo nihil prohibere, quominus defunctus uni ex heredibus recte decem stipuletur, ut ei solida, acquirantur, quasi solida ut heredi stipulatus sit, non ut ulla ex parte extraneo, de qua re postea. Sed etsi defunctus decem sibi, et Titio heredi stipulando, soli Titio, obligationem decem quærere non potuit; tamen cum appareat voluisse ipsum, ut uni Titio ea deberentur, unus Titius peteret; an non saltem cæteri heredes, si petant, exceptione pacti summoveri possunt? Minime: non quod tacite convenerit, ne cæteri petant: sed quia hæc conventio sit sub conditione si decem Titio debeantur, quæ et illi soli dari, defunctus voluit. Quæ conditio cum defecerit; vel ex voluntate ipsa defuncti conventioni locus esse non potest. Similiter ut cum defunctus promisit se et Titium heredem suum daturum, et respondetur cæteros coheredes non minus teneri, quam Titium, om-

nes autem pro portione hereditaria, §. *cum qui ita*, §. 1. *eod.* Quid, si promissor paratus sit Titio heredi decem promissa solvere, an non videtur ei permittendum esse facere; et, si ultro solverit, non videtur satis hoc esse ad liberationem, quasi superiore stipulatione si non obligatio, at certe solutio in eum collata sit, ut fit, eum stipulor mihi aut Titio decem dari? §. *plane. Inst. de inut. stip.* Nullo modo: cum enim ita stipulamur conjunctim, mihi et Titio dari Titius non solutionis, sed obligationis caussa adjicitur. Quæ res facit, ut si Titio acquire non possim, non solum is non possit petere, quod inutiliter sum stipulatus, *l. si mihi et Titio.* 110. *infr. eod.* sed etiam non possit ei solvi, qui solutioni adjectus non fuit. Arg. in *l. cum, qui ita*, §. *qui sibi. in fin. infr. eod.* Habet igitur, ut dixi rationem, nec eam obscuram, quod placet in stipulatione dandi, si quis quid stipuletur, sibi dari, hoc evenire, ut idem frustra stipuletur uni ex heredibus, quo ei totum acquiratur: quia necesse sit omnibus acquiri; et ideo sit necesse, quia cum obligatio constiterit in persona defuncti, non possit, quin ea ut cætera omnia defuncti ad omnes heredes perveniat. Sed non item expedita est pars altera distinctionis suprascriptæ. Quinimo ex ea ipsa ratione, quam de stipulatione dandi modo reddidimus, incidit ea pars in difficultatem. Nam et cum quis stipulatur sibi et Titio heredi ire, agere licere, acquiritur stipulatio defuncto non minus, quam stipulatio dandi, cum defunctus sibi et Titio heredi dari stipulatus est. Nec minus acquiritur ei pacti exceptio, cum paciscitur, ne a se, neve a Titio herede petatur. Cur igitur et hujus generis stipulatio, et item pactio ad omnes heredes pariter non transit? Quod si transit, an non eadem ratione afficitur, et quod nobis fieri stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, quia necesse sit jure hereditario acquiri omnibus? Eademque pactionis illius ratio est: quod tamen in utroque genere contra receptum videmus. De stipulatione faciendi ita scriptum est in *L. continuus*, *in fin.* infra *at cum quid fieri stipulamur, etiam unius heredis personam recte* comprehendi. *Recte* valet utiliter, ut quemadmodum uni tantum stipulati sumus; ita quod sumus stipulati, id ei soli acquiratur, nec necesse sit omnibus acquiri: contra quam prius de eo, quod dari stipulemur, definitum erat. De pactione superiore definitio clare scripta est in *d. l. avus. sup. de pact* heredi consuli concessum esse: nec quidquam obstare uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit; ceteris autem non consuli: idque in persona ejus traditum est, qui neptis nomine dotem promiserat, et pactus erat, ne a se, neve a filio suo herede dos peteretur. Ego vero non dubito, quin si stipulatio faciendi, aut pactio defuncto quæsita ad heredes transeat, defunctus qui sibi fieri stipulatus est, aut pactus ne a se petatur, non possit idem uni ex heredibus cavere, non magis, quam si stipulatus sibi dari, idem stipuletur dari uni ex heredibus. Semper enim tenendum est quod omnibus heredibus acquiri necesse sit, id uni per defunctum acquiri non posse. Quapropter si quod defunctus stipulatus sit sibi fieri, placet id eum uni ex heredibus cavere posse; item si in eo quod pactus est, ne a se petatur, placet eum paciscendo posse efficere, ne ab uno ex heredibus petatur: sciamus hujus juris nullam aliam caussam videri posse, quam quod neque stipulatio faciendi neque pactio, qua quis sibi et uni heredi caverit, ad heredes pertineat præter eum, cui defunctus nominatim stipulatus, pactusve sit. Sic enim fit, ut quoniam obligatio, aut exceptio non acquiritur aliis, ideo nihil obstet, quominus uni tantum, cui acquiri potest, utiliter caveatur. Quid ergo, stipulatio faciendi defuncto quæsita, itemque exceptio jure hereditario ad herede, ut cætera jura omnia non transit? Sane vero non transit cum is stipulatus aut pactus est sibi et Titio heredi. Non enim satis est obligationem, aut exceptionem defuncto esse quæsitam, ut transmittator ad herede, nisi etiam sit perpetua. Nam si erit personalis, non magis transibit ad heredes, quibus nihil nominatim cautum erit, quam i defuncto nunquam esset quæsita. *L. non solum*, §. *tale. supr. de lib. leg.* In quo istarum rerum discrimen constitit. Nam cum sibi dari quis stipulatus est, obligatio dandi ut defuncto quæsita est, ita et perpetua, uti et res, quæ in stipulationem deducitur, quam constat cum persona defuncti non exstingui *L. obligationum fere. supr. de ob. et act. L. nemo. sup. de leg.* 1. Eo fit, ut sive defunctus sibi soli stipuletur, sive adjuncta unius heredis persona, tamen semper obligatio hereditaria ad heredes necessario jure transeat. Non enim quia simul heredi Titio stipulatus est, ideo obligationem sibi quæsitam sustulit, aut ab ea recessit. At cum stipulatur quis, quod in faciendo sit, puta ire agere licere sibi et Titio heredi suo, quæritur quidem faciendi obligatio stipulanti, uti et superior; sed hæc personæ stipulanti cohæret, et cum persona ejus exstinguitur. Quod in faciendo

est. Id omnes veteres juris auctores sic acceperunt, quasi personam facientis natura non egrederetur. §. *sed cum factum, Inst. de stip. ser.* Unde hæc stipulatio, *ire agere licere spondes?* comparatur illi, uti frui licere spondes? cum tamen hanc posteriorem, quæ de usufructus est, constet plane esse
45 personalem. §. *si quis ita, supr. eod. L.* † Secuta est postea Justiniani constitutio. *L. veteris, C. de cont. et com. stip.* qua placuit omnem stipulationem sive in faciendo, et ad heredes et contra heredes transmitti, etsi specialis heredum mentio non fiat. Sed hæc constitutio ad eum, qui sibi et uni ex heredibus quid fieri stipulatur, non pertinet neque in eo jus vetus, quod fuit de hoc genere stipulationis non transmittendo immutat. Agitur enim in illa de eo, qui sibi stipulatur, aut adjuncta omnium heredum persona, aut contra omissa omnium heredum mentione, ut illa verba ostendunt, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. Et quod vult stipulationem transire ad heredes, cum quis quid fieri stipulatur sibi et heredi suo, novum non est. Hoc et veteres in hoc genere adjuncta heredum persona admittebant, ut probatur in *d. §. si quis, ita, supr. eod.* Quod jubet etiam tum stipulationem faciendi transire ad heredes, cum quis sibi fieri stipulatur, neque ullam mentionem heredum facit, est plane in eo, in quo a vetere jure discedatur: cum de sententia veterum stipulatio faciendi ut personæ cohærens ad heredes non pertineret. Sed tamen in eo nihil contra voluntatem contrahentium facit Justinianus. Quinimo cum voluntatis quæstio sit, an qui sibi tantum stipulatus est, simul etiam de heredibus senserit, ac proinde intelligatur bis cavisse: Justinianus hanc ipsam voluntatem est interpretatus, et quasi sibi stipulando defunctus videatur etiam sensisse de heredibus ita cavit, ut stipulatio ad heredes transiret. Ipse quidem in extremo ejus constitutionis testatur se quod constituit, ideo constituisse, ne ex subtilitate ea quo veteres utebantur, caderent hominum voluntates. In summa voluit Justinianus stipulationem faciendi stipulatori quæsitam transire ad heredes, cum aut aperte de heredibus cavit defunctus, aut de his tacens saltem verbis eos non exclusit. Nihil simile in eo, qui sibi quid fieri stipulatur, et de heredibus cogitans, non simul omnibus heredibus cavet, sed sibi et uni ex heredibus stipulatur. Nam hunc quidem perspicuum est hoc animo esse, eoque et hoc ipsum agi inter contrahentes, ne quod ille stipulatur, acquiretur ejus heredibus: quippe unum appellando aperte removit cæteros, ut qui unum ideo adjecerit, ut significaret se huic soli datum velle post mortem suam, nolle cæteris. Arg. in *L. si cum dotem, in princ. supr. sol. mat.* Ad hunc constitutio Justiniani non pertinet. Neque enim recipi potest, ut quæ constitutio ad voluntatem contrahentium tuendam composita est, ea servetur adversus manifestam voluntatem. Et certe fatendum est, non ut res quæ dari debent, ita facta, quæ in persona stipulantis impleri debent, esse perpetua. Ut enim mortuo stipulatore heres ejus eas agat ex stipulatione defuncti; nemo tamen adeo adversus a vero erit, ut dicat in hac re idem factum esse heredis, quod defuncti, eandem utriusque itionem; hanc rei naturam Justinianus mutare non potuit. Quod constituit, ut nihilominus stipulationes faciendi ad heredes transirent; fecit, ut dixi non naturam rei, sed voluntatem contrahentium secutus, dum interpretatur eos etiam cogitasse de heredibus, conjectura voluntatis ex communi hominum sensu ducta, eademque non incognita veteribus. *L. si pactum, supr. de prob.* Tolle hanc voluntatem: manebit natura rei integra; cum qua si concurret etiam hæc voluntas contrahentium, ne stipulatio acquiratur heredibus, nulla caussa est, cur his acquiratur, ac non mortuo stipulatore una cum ejus persona natura sua intercidat. Ex quo eveniet, ut si defunctus stipulationem hujus generis quibusdam heredibus quæsitam noluit, his utique non acquiratur: si quibusdam voluit, at his nominatim, ut sibi stipulatus est; etiam his acquiratur, quia heredi consuli concessum est; *L. avus, supr. de pac.* et acquiratur quidem his solis, quia stipulatio faciendi ut eatenus personalis, ad cæteros non transeat. Quapropter quodcunque factum erit, quod defunctus stipuletur sibi, et Titio heredi suo, sive erit individuum, ut mihi et Titio heredi meo ire agere licere spondes? de quo in *L. 2. §. item si in facto, supr. eod.* sive dividuum, ut, mihi heredique meo Titio uti frui fundo Tusculano licere spondes? (usumfructum enim dividi posse constat. *L. 1. §. si ususfructus, supr. ad leg. fal. L. 5. supr. de usuf. et quem. quis ut.*) nunquam stipulatio omnibus acquiretur, sed uni Titio duntaxat. † Quo loco facere non possum, quin 46
fidem et judicium (3) Bartuli, ac similium in hac specie valde requiram. Fidem, quod

3 Et Gomez. *d. C.* 12. *n.* 13. qui et contra si in stipulatione dandi res promissa in-

eum in *d. L. continuus, §. ult. infr. eod.* de faciendi stipulatione indistincte scriptum sit, differre hanc a stipulatione dandi, et posse in ea unius heredis personam recte comprehendi: hanc sententiam ille pene omni ex parte mutare ausus est, ut prope totam everteret. Nam primum negavit eam verum esse, si factum esset dividuum, quasi in hoc genere inutiliter unius heredis persona comprehenderetur, sed stipulatio ad omnes heredes transiret. Deinde ne in factis quidem individuis eam admisit absolute, sed hac conditione, si cæterorum heredum, qui stipulationis verbis appellari non sunt, non interesset. Itaque si quis ita stipulatus sit, mihi, heredique meo Titio ire agere licere spondes? hæc stipulatio auctore Bartolo non acquiretur soli Titio, sed necesse erit eam acquiri omnibus heredibus, quia omnium interest ad ad fundum hereditarium commune commeare: quorum utrumque est contra manifestam ejus loci, quem interpretari debebat, sententiam. In quo qua fide versetur, apparet. Sed in primis in hac interpretatione judicium istorum requiro. Etenim interrogatus Bartolus, cur non putet faciendi stipulationem uni ex heredibus posse acquiri, respondet, quia facta sunt individua regulariter. Ridiculum: quasi non constet individui facti stipulationes æque transire ad heredes stipulatoris, ac facti dividui stipulationes: etiam si in factis individuis obligatio singulis heredibus acquiratur in solidum. quod quidem disputatione *L. 2 §. pen. et ult. L. 3. et 4. §. Cato. supr. eod.* ita declaratur, ut nihil usquam scriptum sit apertius. Imo, inquit, facta individua uni tantum acquiri possunt quia interdum ejus solius interest. Jam hoc impertissime dicitur. Nam si in hac re ratio habenda est ejus, quod unius heredis interest, non debuerunt distingui stipulationes dandi a stipulationibus faciendi, sed personæ eorum heredum quorum interest, ab his, quorum nihil interest. Tum autem stultum est eam conditionem ponere, quæ existere non potest. Ego autem non animadverto, quomodo possit usu venire, ut quod fieri intersit stipulantis, id stipulatore mortuo fieri non intersit omnium heredum: aut si quorundam non interest, quomodo possit unius alicujus solius interesse. Idque haud scio, an alia re ulla magis confirmetur, quam his exemplis quibus ostendere conantur interdum evenire, ut unius tantum heredis intersit, quæ referuntur ab Accursio in *d. L. continuus §. ult.* Id accidit, inquiunt, cum stipulatur quis insulam ædificari certo loco, et is locus uni ex heredibus prælegatur: quo exemplo neque est quidquam a sententia ejus loci, de quo agitur, alienius, neque minus quidquam quam id quod volunt, assequuntur. Primum ineptum hoc exemplum est, in quo defunctus non stipulatur sibi, et ei heredi, cui postea is fundus prælegabitur, ut sic deinde ei heredi soli ex cautione defuncti acquiratur. Nos enim de eo agimus, qui stipulatur quid sibi fieri, et nominatim unius heredis personam comprehendit. Deinde falsum est huic heredi, cui locus prælegatus est, obligationem ex stipulatione superiore soli acquiri ac non etiam cæteris heredibus. Nam si ei locus iste prælegatus non esset, omnes concederent eum aut nullam, aut certe non ultra quam heres esset, actionem habere. Atqui loco isto illi prælegato, ultra portionem hereditariam in eo fundo non est heres, sed legatarius: non igitur ultra eam portionem actionem habebit. Nam in jus defuncti legatarius non succedit. *L. quædam, §. 1. supr. de ed. L. ult. C. de her. act.* Postremo etsi daremus isti heredi ex superiore stipulatione actionem acquiri: tamen hoc teneremus, quatenus ei locus insulæ ædificandæ constitutus prælegatus est, eatenus non acquiri ei ut heredi, sed ut legatario. *L. in fideicommissariam, §. ult. supr. ad Treb.* Nos vero de herede agimus. Idem est, inquiunt, si defunctus stipulatus sit viam ad eum fundum, quem postea uni præleget. At hoc exemptum istos plane jugulat. Aut enim soli huic heredi, cui fundus prælegatus est, volunt stipulationem, seu actionem acquiri, aut acquiri omnibus heredibus. Si ei soli distinctionem inter stipulationes dandi et faciendi a veteribus traditam, quam et ipsi statuerant, evertunt: nam stipulatio servitutis non faciendi stipulatio est, sed dandi. *L. si unus. supr. de ser. rust. præd. L. 3. supr. de usuf.* Ita fiet hoc exemplo istorum sententia, ut etiam stipulatio dandi uni ex heredibus acquiri possit, ut et faciendi. Sin volunt stipulationem propositam acquiri omnibus heredibus, etsi is fundus, cui servitus acquiri debet, uni sit prælegatus; ipsi se oppugnant, et probant in faciendi obligationibus etiam tom, cum unius heredis interesse admittunt, stipulationem non ei heredi cujus interesse volunt, soli acquiri, sed omnibus. Sic res habet, ut hic fundo uni ex

dividua, non omnibus, sed nominato acquiri, vult. Ut si quis stipuletur usum uni ex heredibus. *Arg. L. 19. de usu et hab.* Sed recte noster.

heredibus prælegato, cæteri heredes ex stipulatione hereditaria agere, et ut servitus ei fundo constituatur, petere non possint; nemo enim alieno prædio servitutem acquirere potest, aut imponere *L. 1. L. si quis duas, sup. com. præd.* Sed non eo fit, quia defunctus non a principio servitutem sibi et heredibus suis recte stipulatus sit; sed quia fundum, cui servitus destinata erat, uni prælegando, et ita fundum in eum transferendo, cæteris inutilem facit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo incipere non poterat. *L. pro parte, supra, de ser.* Nihil hic proprium heredum. Nam et ipse sibi testator stipulationem servitutis corrumperet, si fundum, cui servitutem erat stipulatus, alie-
47 nasset. *dict. L. pro parte.* ÷ Quare ut concludatur hic locus de stipulationibus faciendi heredi acquirendis, omnino ita statuendum est. Sive stipulatio faciendi perpetua est, sive personæ cohæret, stulte quæritur, cum de hac quibusdam ex heredibus non acquirenda agitur, utrum stipulatio sit facti individui an dividui; et utrum eorum heredum, quibus quæsitam nolumus, intersit his acquiri, an non intersit. Nam cujuscunque modi factum in stipulatum deductum fuerit, et quorumcunque tandem heredum utilitatem contineat: semper hoc erit in hoc genere, ut stipulatio aut pariter sit perpetua, aut pariter personalis. Si perpetua est itidem ut dandi; valde errant, qui putant fieri posse, ut quod quis sibi fieri stipulatus est, qualecunque factum id erit, non acquiratur omnibus heredibus: cum id exigat in omnibus jus idem, et necessitas eadem successionis. Quod si faciendi stipulatio personæ cohæret, (ut certe cohæret, cum id actum esse apparet, ne transiret ad heredes, ut supra dilucide probavimus; idque etiam ad facta dividua pertinet, ut si quis stipuletur sibi uti frui licere *§. si quis ita; supra, eod. L.*) non modo non necesse erit, mortuo stipulatore stipulationem acquiri heredibus, quibus defunctus cautum noluit, sed ne poterit quidem acquiri, quæ morte defuncti extincta est. Ex quo evenire necesse est, ut si defunctus uni tantum ex heredibus eam stipulationem quæsitam voluit, dum sibi et Titio heredi stipulatur, huic ipsi heredi ita acquiratur stipulatio, ut acquiratur soli, postquam effectum est ad eos heredes, quibus defunctus cautum noluit, stipulationem personalem transire, iisque acquiri non posse. Quæ stipulationis faciendi ratio est, eadem est et pactionis, qua paciscitur quis, ne a se, neve a Titio uno ex heredibus suis petatur. Quod enim paciscitur quis, ne a se petatur, in eo personale pactum est paciscentis personæ cohærens. *L. jurisgentium. §. pactorum, supra, de pac.* sed tum maxime et citra controversiam, cum apparet defunctum heredes exclusisse: quod tunc accidit, cum ille heredum mentionem faciens ubi tantum ex his cavet. Nam ut in stipulatione faciendi fieri dixi, sic et in pactione accidit, ut unius tantum adiectione aperte declaret se huic soli idem, quod sibi tributum velle, ac proinde nulli cæteris. Quod cum ita sit, necesse est, pacti exceptio ex hac conventione, aut nulli ex heredibus acquiratur, aut acquiratur ei soli, cui a defuncto cautum est. Nulli acquiri eoque nec ei cui cautum est, dicere non licet. Semper enim hoc tenendum est, heredi consuli concessum esse. *L. avus, supra, de pac.* Restat igitur, ut ei soli, qui nominatus est, recte cautum sit: postquam ad alios non pertinere conventionem effectum est. Si dandi stipulatio, qua uni ex heredibus cautum est, nullo modo ei acquiri posset; ne pro parte quidem, posset autem ei acquiri exceptio ex defuncti pactione: esset in promptu, quod ad explicandam hujus differentiæ rationem responderemus: id videlicet quod ab Accursio traditum ad d. *L. avus.* Bartolus *ibidem* probavit, et doctis quibusdam postea placuisse video, ut diceremus eo fieri, quia proniores esse debeamus ad liberandum. *L. Arrianus, supr. de obl. et act.* Nunc autem cum quis decem stipulatur sibi et Titio heredi, est stipulatio ejusmodi, quæ etsi non acquiritur Titio in solidum, acquiratur tamen illi, itidem ut cæteris heredibus pro portione hereditaria; et quidem ita, ut si paciscatur defunctus, ne dos quam debet, a se, neve a Titio herede petatur, nihil amplius ex hac pactione acquiratur Titio, quam acquireretur illi ex stipulatione superiore. Acquiritur enim ei ex pactione exceptio sed utique pro portione hereditaria, quam debuit non in solidum, quia solidum ex obligatione hereditaria non potuit debere. Quod si ita est, quid attinet, quæso, causari favorem liberationis, quo citius hæc acquiratur, ubi fateamur non magis eam a defuncto acquiri posse uni ex heredibus, quam obligationem? Et certe hoc ita est, ut nunquam hoc tam absurde dicturi fuerint, si statuissent uni ex heredibus etiam stipulationem dandi eodem modo acquiri, ut exceptionem. Nunc autem hoc loco non statuerunt; non quod nescirent obligationem hereditariam transmitti ad omnes heredes pro hereditariis portionibus: sed quod hoc loco non venisset in mentem hoc significari,

stipulationem hereditariam omnibus here dibus acquiri. Apparet autem deceptos esse verbis ejus loci, quem interpretabantur. Nam cum in *L. continuus*, §. *ult. infr. eod.* scriptum esset, ***quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus, acquiri***, illi neglectis his verbis, quæ sequebantur, priora illa sic acceperunt, quasi stipulatio dandi nullo modo posset acquiri uni ex heredibus. In quo, non dicam judicium, quod viris eruditissimis non defuit, sed paulo majorem attentionem desidero. Non enim animadverterunt, quod dicitur stipulationem dandi uni ex heredibus per nos acquiri non posse, non ita dici, quasi non possit ullo modo sive ulla ex parte acquiri, sed ut intelligamus non posse illi soli; sequitur enim: ***sed necesse est omnibus acquiri.*** Omnino sic res habet, ut si de eo herede quæritur, cui defunctus cavit, semper ei ex æquo et stipulatio acquiratur, et exceptio ex pactione: ut in eo differentiæ, quæ nulla est, non sit ratio quærenda. Sed hoc distat stipulatio dandi ab exceptione; quod illa simul acquiritur cæteris, idque ita necesse est: exceptio autem non cæteris, sed ei soli, cui a defuncto cautum est. Cujus differentiæ ratio si quæritur, non alia reperietur, quam quod stipulatio dandi defuncto quæsita, ut est perpetua, ita a defuncto etiam ad heredes transeat: exceptio autem quamvis eidem quæsita, tamen cum sit personalis, una etiam cum persona extinguatur, atque ita fiat, ne transeat ad alios, quam de quibus nominatim cautum est. Proinde verissime scriptum est in *dict. L., avus*, cæteros heredes exceptione conventionis tuendos non esse; eum vero cui cautum est, exceptione conventionis recte usurum: quippe heredi consuli concessum esse nec quidquam obstare uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit; cæteris autem non consuli. Hic tamen hæc quæruntur. Quia enim jam dixi pactionem, qua quis paciscitur, ne a se, neve a quibusdam ex heredibus petatur, personalem esse, et non egredi personas eorum, qui conventione sunt comprehensi: cur ita dicitur pactio personalis esse potius, quam dandi stipulatio? Dicitur eadem ratione, qua et stipulatio faciendi. Nam et hæc pactio in faciendo est; qua nihil amplius continetur, quam ne quid fiat cum certis personis, idest, ne ab his petatur, ne judicio eum his agatur. Quod genus facti si cum quibusdam personis exerceri non potest, non ideo quidquam prohibet quo minus cum aliis possit exerceri natura, ubi res videlicet nudo facto contineatur, non jure; idest, ubi defunctus nihilominus adhuc jure teneatur, ut ante, et tamen convenerit, ne ab eo petatur, quod contingit ex hac pactione. §. *præterea, Inst. de exc.* Sed an non et de hac pactione ita traditum est in *L. si pactum supr. de prob.* si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, nihilominus et exceptionem pacti heredibus competere, quasi et hae convenerit, ne ab his petatur: quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus? Traditum est: sed adjicitur id tum fieri, cum quæritur, an id actum sit, ut ipsius dumtaxat paciscentis persona eo statueretur. Quo uno maxime confirmatur contra esse, ubi constat defunctum sic pactum esse, ne a se tantum, aut ne a se et quibusdam heredibus peteretur: de quo agimus. Quid, an non illud interdum falsum est, quod dicitur nihil obstare: quominus uni tantum ex heredibus provideatur, cæteris autem nequaquam? Quod ut possit existimari, facit *L. eum, qui ita.* §. 1. *infr. eod.* ubi in hac specie, me et Titium heredem meum decem daturum, scribitur tacite convenisse videri si plures sint heredes, ne ab aliis heredibus quam a Titio peteretur: et tamen dum Titio eadem exceptio comparata non est, placet etiam aliis itidem ut a Titio pro portione hereditaria peti posse. Sed nihil in universum verius est, quam uni tantum ex heredibus consuli concessum esse: nec vero quidquam absurdius, quam si incipiat dici, quod recte alicui cautum sit, ideo ad illum pervenire non debere, quia non tantundem in cæteros conferatur. An quia omnibus consultum non vult defunctus, ideo illi quorundam, de quibus visum est, meliorem conditionem facere non licet? Beneficii et liberalitatis est alicui cavere; proinde voluntatis et arbitrii: ut appareat liberum cuique esse debere, in quem velit, et quando ac quantum velit conferre, arg. in *L. 2. supr. de proc. L. in commodata.* § *sicut, supr. com.* An potius ideo uni heredi exceptione pactionis uti non licet, quia cæteri eandem exceptionem non habent? Et quæ tandem lex reperta est unquam tam iniqua, ut ideo quemquam vetaret aliquid habere, quod alii idem non haberent. Ergo desinant homines sua tenere, quia tam multis aliis eadem desunt: quo nihil dici potest absurdius. Imo vero contra colligi debuit hoc modo. Quibus heredibus defunctus paciscendo non cavit, hi exceptione pactionis non utuntur; quia defunctus his quæsitum noluit. Ergo cui nominatim cavit, is pactionis exceptione defendetur, contraria de caussa, quia defunctus huic consultum voluit. Non adversa-

tur huic sententiæ quod supra retuli ex *L. cum, qui ita*, §. 1. *infr.* non enim in ea specie conventio aliis heredibus, quibus cautum est, non prodest, quia Titio eadem exceptio a defuncto non est quæsita; sed quia id ipsum actum est, ne prodesset; vel verius, quia omnino nihil convenit. Observabimus enim illic conventionem quidem fuisse, ne a cæteris heredibus peteretur; sed conventionem sub conditione, si Titius tota decem a defuncto promissa deberet, et præstaret; quæ conditio non exstitit, ut ex ipso loco cognoscetur. Quidquid autem sub conditione promissum, cautumve est, conditione non impleta perinde est, quasi cautum non esset. §. *sub conditione, Inst. eod. L. cedere, inf. de verb. sig.*

48 † Postquam constitutum est posse unumquemque ita cavere heredi suo, ut possit uni etiam ex pluribus, quamvis non caveat cæteris: videndum est, quod sequitur, quam utiliter uni stipulari, et pacisci liceat, idest, quatenus id, de quo cautum est, ei cui cautum est acquiratur; utrum totum, quantum in stipulationem et pactionem deductum est, an pro parte dumtaxat, quemadmodum et heres pro parte tantum heres est, non in solidum. Et puto quodcunque et quantumcunque libet nos uni ex heredibus nostris et stipulari et pacisci posse, ut totum quod voluimus, ei acquiratur, quamdiu stipulatio et pactio in ea caussa erit, ut nihil inde acquiratur cæteris; de quo nunc agitur. De stipulatione faciendi inter omnes convenit, si id de quo cautum est, individuum sit: veluti, si quis stipuletur sibi et Titio heredi suo ire, agere licere; quia quod divisionem non recipit, aliter quam in solidum singulis heredibus acquiri non possit, *L. 2. §. ex his, supr. eod. L. viæ, infr. de servit. L. heredes, §. an ea, supr. fa. erc.* Itaque de hoc genere facti vulgo interpretantur illud, quod in *L. continuus, §. ult.* infra scriptum est, *cum quid fieri stipulamur, unius heredis personam recte comprehendi.* Sed etsi defunctus pactus sit de eo, quod debet, ne id a se, neve a Titio herede suo petatur, nemo dubitat, quin quatenus a Titio petetur, in tantam summam illi acquiratur exceptio: quia quantumcunque id erit, quod ab eo summo jure petetur, solum erit portio hereditaria: nam ultra portionem hereditariam heres in æs defuncti non succedit. *L. 2. C. de her. ac. L. pacto successorum, C. de pac. L. ea quæ, C. fa. er.* At quid si defunctus decem tota stipulatus sit Titio uni ex suis heredibus? Hic quidem soli Titio ex hac stipulatione acquiri diximus. Sed utrum tota decem? nam decem divisionem recipiunt, et recipiendum non est, ut heredi amplius acquiri possit, quam pro portione hereditaria; quoniam extra hanc partem heres non est. *L. cum a matre. C. de rei vind. L. pen. C. de her. act.* Quo fit, ut ultra hanc sit extraneus. Porro extraneo per nos acquiri nihil potest. §. *ex his, Inst. per quas pers. no. acq.* Quid, si stipulatus quis sit sibi, et Titio heredi, quod sit in faciendo, sed divisionem eodem modo recipiat: puta, sibi et Titio heredi uti frui licere? Et hic quoque soli heredi Titio acquiri posse supra diximus. Sed an ut illo toto fundo, de quo actum est, uti frui liceat, an vero pro parte tantum, cum ususfructus possit dividi? *L. 5. sup. de usuf. L. 1. §. si ususfructus, supr. ad leg. fal.* Vulgo statuunt et illic partem tantum decem, et hic jus utendi fruendi pro parte tantum Titio posse acquiri: eadem illa ratione videlicet, quam supra posui, quia heredi acquirere non possimus, nisi pro portione ejus hereditaria. Ego existimo, quemadmodum ex utraque stipulatione soli Titio acquiritur, ut videmur nobis satis probasse; ita et ex priore solida decem illi acquiri, et ex posteriore solidum jus utendi fruendi toto eo fundo, de cujus usu illi uni acquirendo cautum est. Quod non obscure declaratur verbis. *d. L. continuus, §. ult. infr.* si quis ea paulo attentius consideret. Primum cur id, quod dari stipulemur, non possit soli Titio ex pluribus acquiri, hæc caussa illic significatur, quia necesse sit id acquiri omnibus; et vero alia caussa reddi non potest. Quare quæcunque in ea caussa erit stipulatio, ut inde cæteris nihil possit acquiri, caussa cessante evenire dicendum est, ut si uni Titio recte cautum est, soli ei totum acquiratur, utpote cæterorum concursu nulla ex parte imminutum, argum. in *L. unic. supr. sin vero nemo, C. de cad. tol.* Deinde de stipulatione faciendi ibidem ita scriptum est, cum *quid fieri stipulamur, unius heredis personam recte comprehendi:* quæ verba hanc sententiam habent, recte et utiliter comprehendi, ut scilicet quantum defunctus ei stipulatus est fieri, tantum ei acquiratur: alioqui nihil hæc stipulatio differret a stipulatione dandi. Nam et in dandi stipulatione recte comprehenditur unius heredis persona, si tantum partem ei acquiri volumus: quandoquidem et illi pars ex hujusmodi stipulatione acquiritur, ut sæpe jam diximus. Superius autem de stipulatione faciendi simpliciter, et infinite scriptum est, ut si quis de facto individuo in dictum esse interpretetur, non etiam de dividuo, is, et

contra verba aperte faciat, et sententiam loci pervertat, ea genera in hac re distinguens, quæ constet uni rationi esse subjecta: sunt enim ex æquo personalia omnia: qua ratione efficitur, ne ad heredes transeant. Proinde et in factis dividuis hæc ejus loci sententia est, etiam in his ipsis factis quæ quis sibi stipuletur, unius heredis personam sic recte comprehendi, ut ei tota stipulatio acquiratur. Postremo hæc ratio non potest refelli. Etiam uni heredi consuli et caveri posse certum est. *L. avus, supr. de pac.* Quapropter nisi quid impediat, quominus decem tota, aut tota ducenta, aut toto aliquo fundo uti frui licere uni ex heredibus cavere possim, conveniens est ei facultati quam mihi jus tribuit, ut quod cavi, totum uni illi, cui cavi, ex mea cautione adquiratur, At quod impediat, nihil esse reperietur. Jam primum cæteri coheredes huic heredi partem non auferent; postquam de ea stipulationa et pactione quæstio posita est, in qua effectum est cæteris heredibus, quibus cautum non est, nihil inde acquiri. Quod autem dicitur non posse nos uni ex heredibus acquirere, nisi pro portione hereditaria, quo dicto videmus præcipue moveri cæteros: aut in his rebus, quæ inter heredes non dividuntur, de quibus agimus, falsum est; aut si in universum recipimus, dicendum est nihil hic acquiri ultra portionem hereditariam, quamvis uni totum quod cautum est, acquiratur. Quæcunque enim divisionem inter heredes non recipiunt, ea videmus unicuique ex heredibus acquiri in solidum, alias omnibus, singulis tamen in solidum, ut servitutis stipulationem: *L. 2. §. ex his, supr. eod. L. viæ, supr. de ser.* alias uni tantum ex omnibus, idque itidem in solidum, ut facti individui stipulationem: veluti cum quis stipulatus est sibi, heredique suo ire agere licere, de quo inter omnes convenit ex *d. L. continuus, §. ult. infr.* Neque ideo quisquam metuit, nedum id fit, videatur ultra portionem hereditariam uni acquiri. Quam caussam esse dicemus? Et necesse est dici alterutrum. Aut enim quod non dividitur inter heredes, potest uni acquiri etiam ultra portionem ejus hereditariam; aut si non admittimus cuiquam heredi acquiri posse, nisi pro portione hereditaria, id est, quatenus heres est, quod est verius; certe hoc tenendum erit, cum id quod divisionem non recipit, uni solidum acquiritur, nihil ei ultra portionem hereditariam acquiri, sed totum, quod acquiritur, numerandum esse in portione ejus hereditaria: quod et ipsum vere dicitur. Id enim demum ultra portionem hereditariam acquiri dicendum est, quod inter plus heredes dividi potuit et debuit, ut sic jure plures sint ejus rei portiones hereditariæ, et tamen uni ex heredibus tribuitur ultra, quam est heres. Quod si quid non dividitur inter plures heredes, ejus nulla pars potest intelligi, quæ distinguatur a portione unius hereditaria, ut sic dici possit ultra eam acquiri. Sed utrum sit verius, nihil nunc ad rem pertinet: satis est intelligi verum esse alterutrum. Utrumvis placebit, utroque efficitur, quod volumus, nihil obstare videlicet superius dictum de re heredi ultra portionem hereditariam non acquirenda, quominus quod inter heredes non dividitur, uni recte acquiratur solidum. Atqui tale est, quod etsi natura divisionem recipiat, tamen defunctus uni heredi ita cavit, ut inter heredes non possit dividi; quia non possit ad cæteros, quibus cautum non est, pertinere, de quo nunc quærimus. Quapropter nihil relinquitur, quod impediat, quominus et hoc uni ei, cui cautum est, uti cautum est, acquiratur. Et cur non stipulationem dandi uni heredi adscriptam æque indivisam putemus, quo acquiratur uni, ut individuam putamus facti individui stipulationem, eaque de caussa posse uni, acquiri? Nam quantitas, et res alia quævis natura dividua in stipulationem deducta, ipsa per se divisam stipulationem non facit, sed personæ inter quas ea res ex stipulationa debet dividi. Itaque si pluribus eodem tempore summa adscripta est, enumerationa ipsa personarum divisa quoque in singulas personas esse intelligitur, ut est in *L. cui fundus, supr. de cond. et demon.* Sed etsi uni tantum defuncto adscripta sit ab initio, sic tamen ex eventu dividitur, si res a defuncto ad plures heredes pervenit, pro numero videlicet eorum, inter quos jure dividitur: pro portionibus tamen hereditariis. *L. in exsecutione, §. 1. infr. eod. L. ea, quæ, C. fa. erc.* Quod si uni personæ summa et res adscripta est, neque ex numero heredum ea scinditur: pro certo habetur in *d. L. cui fundus, de cond. et dem.* eam orationem, qua universa summa semel adscripta est, esse individuam. Sit ergo et in hujusmodi stipulatione idem jus, quod in faciendi stipulatione; quam, quia individua sit, ideo volunt uni ex heredibus acquiri posse. Quæ si ita sunt, consequens est, quibus in caussis uni ex heredibus ita stipulari possumus, ut non sit necesse id acquiri cæteris, in his ipsis hoc idem evenire, ut quod uni stipulati sumus, ei solidum acquiratur, Atque hæc si in stipulatione recipimus, multo magis in con-

ventione liberandi heredis caussa interposita recipiendum est, ut quantum quisque pactus sit, ne ab uno ex heredibus suis petatur, in tantum ei heredi pactio prosit, etiam si de eo pactio facta sit; quod heres suo proprio nomine totum debeat, non hereditario. Effectum est enim et hoc uni caveri posse, et quidem ita, ut certum sit ad alios heredes, quibus cautum non est, eam pactionem non posse pertinere. Sed sive uni heredi ex pluribus stipulatione aut pactione nostra acquiri volumus, sive simul omnibus, aut uni, qui solus sit, semper heredi caveri
49 oportet. † Heredi stipulari aut paciscí intelligitur, qui aut sub appellatione heredis id facit, aut sub nomine proprio id cavet, quod nisi in heredem cadere non potest. Sub appellatione heredis, veluti, heredi meo ire agere licere spondes? vel conjunctim, Titio heredi meo. In heredem solum cadere potest ea pactio, qua paciscatur quis do eo, quod ipse solus debet, si paciscatur, ne id a se, neve a Titio petatur: quæ species est *L. avus, sup. de pact.* Ut enim non addiderit herede: non eo minus tamen conditione rei id comprehensum intelligitur, et quidem multo certius, quam ullis verbis. Non enim peti a Titio jure potest, nisi is idem cœperit postea debere: nec potest incipere debere; nisi paciscenti heres exstiterit, ut sic in æs alienum defuncti succedat. Quod si quis stipuletur, aut caveat Titio, nulla heredis mentione facta, inutilis stipulatio et cautio est: et quamvis Titius caventi postea heres exstiterit, non eo magis convalescet cautio, quæ ab initio non valuit. *L. si tibi, §. si quis, supr. de pac. L. cum patrem, C. de jur. dot. L. quod initio, infr. de reg. jur.* Ac de secundo genere eorum, qui aliis stipulari et cavere possunt, idest, decessorum suis heredibus caventium satis diximus.

50 † Tertium genus reliquum est eorum, qui alienorum bonorum administrationem, vel curam jure ita constitutam habent, ut in ea pro dominis habeantur. Quo in numero primum sunt omnes, quibus cum necessitate muneris publici administratio rerum alienarum conjuncta est, ut tutor, curator, actor civitatis, et interdum Magistratus: tum quibus his comparatur, procurator militis. Ac de prioribus illis tribus ita scriptum est in *L. cum, qui, §. actori, supr.* de const. pec. *Si actori municipium, vel tutori pupill, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur; municipibus solvi, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti: utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem.* Quod de constituto dicitur, ad stipulationem, et cautionem omnem transferendum est. Non enim magis paciscendo aut constituendo alteri caveri licet, quam stipulando. *L. quo tutela, in fin. infr. de reg. jur.* Cur ergo et actor municipibus, et tutor pupillo, et curator adolescenti aut furioso cavendo acquirit? Quia hi propter munus publicum, et potestatem in eo munere in rebus administrandis ipsis traditam, dominorum loco habentur, quandiu eorum, quorum cura ipsis commissa est, negotia administrant. *L. tutor qui tutelam, supr. de admi. tut. L. qui fundum §. tutor, supr. pro empt.* Si tutor pupilli loco est; consequens est, dum pupillo stipulator tutor, et tutorem sub persona pupilli quodammodo stipulatum sibi: et vice versa pupillum quatenus ei expedit, sub persona tutoris ipsum sibi stipulatum videri: ut non sit mirum, si quasi sibi hic stipulatus esset, ita ei acquiratur stipulatio et actio: eademque ratio est de cæteris. Ita fit in hac quoque specie illud, quod initio posui, ut dum pupillus existimatur stipulari sibi, at ita agit, nihil videatur fieri in eo adversus regulam propositam, quæ alteri quemque stipulari vetat, non sibi. Sed pro dominis habentur, inquam, tutores, curatores, actores municipum; re vera domini non sunt. † Ideo ex istorum 51
stipulatione et constituto non datur veris dominis directa actio, quasi illi stipulati essent, qui vere sunt domini; sed datur utilis in eo loco, quem supra retuli, quia hi caverunt, qui domino tanquam vere domini essent, cavere non potuerunt.

† Hujusmodi quædam administratio et 52
potestas rei gerendæ, eoque et stipulationis alteri acquirendæ etiam Magistratui tribuitur in pupilli bonis, cum in quibusdam caussis injungitur Magistratui, ut cautionem a quibusdam personis pupilli nomine exigat quo vel pupillo, vel pupilli heredibus caveatur: quod fit, et cum tutor datur pupillo, et cum pupillus arrogatur. Hic enim jubetur Magistratus exigere a tutore satisdationem, rem pupilli salvam fore: *L. 1. §. si Magistratus. et § exigere. supr. de mag. con.* Hic autem ab arrogatore, ut satisdet, se si pupillus intra pubertatem decesserit, restituturum quod ex bonis pupilli consecutus erit, illis ad quos res perventura esset, si arrogatus in suo statu mansisset. *L. nec ei, in fin. L. non aliter, et L. hæc autem, supr. de adop.* In quo cum res curanda committatur Magistratui, non dubium est, quin ei summa potestas ejus rei pupillo bene gerendæ tanquam alteri domino committatur. Itaque in satisdatione a tutore exigenda pla-

cet curare debere Magistratum, ut si pupillus præsens est, et fieri potest, ipse stipuletur, quo jure publico sibi acquirat actionem adversus tutorem, et fidejussores. Si pupillus abest, aut fari non potest: proximum esse, ut servum pupilli, si quem habet, adhibeat, qui domino stipuler, quo et ei recte acquiratur. Quod si nemo erit, qui stipulando possit pupillo acquirere; jam hoc permittitur Magistratui, ut aut stipuletor ipse pupillo rem salvam fore, aut si mavult, adhibeat quemvis alium, qui idem stipuletur pupillo: ac quemcunque adhibuerit, placet pupillo acquiri inde utilem actionem, itidem ut acquireretur ex stipulatione aut conventione tutoris eodem modo pupillo caventis. Hæc ex *L.* 2. 3. 4. *infr. rem pup. sal. fo. et L.* 1. § *exigere, supr. de mag. con.* Nempe ideo, quasi is stipulatus sit, qui in ea cautione exigenda domini loco habeatur. Is enim est Magistratus, qui etsi alium stipulatorem adhibuerit, tamen perinde id habendum est, quasi ipse stipulatus esset: cum is stipuletur, qui Magistratus jussu id faciat, et Magistratus, vice in eo fungatur. In satisdatione autem ab arrogatore exigenda statim curat Magistratus, ut servus publicus stipuletur ab arrogatore id, quod supra diximus, ut est in *d. L. non aliter. supr. de adopt.* Nempe quia ita postulat. Cur enim, non, ut supra stipulatur pupillus, aut servus aliquis pupilli? Quia sit inutile. Pupillus enim qui in potestatem arrogatoris transit, si in eo statu decedat, heredem habere non potest: frustra autem stipuletur extranei. Sed cur Magistratus ipse non stipuletur, aut alium non adhibet? Ego puto de servo publico scriptum esse in dicta *L. non aliter, de adop.* quia melius et commodius est rem hanc per servum transigi, quam per liberum, et per servum publicum, quam per privatum, qui sit alienus, ut supra quoque ostendi. Cæterum in potestate esse Magistratus hoc idem stipulari, aut alium adhibere, qui idem faciat. Nam et de satisdatione. Rem pupilli salvam fore, scriptum est in *L.* 2. *infr. rem pup. sal. fo.* ubi non sit pupillus, qui stipuletur, aut alius, qui secundum regulas juris pupillo acquirat, servum publicum apud Prætorem stipulari debere. At nihilominus aliis locis traditur et Magistratus dare posse aliquem, cui caveatur, et ipsum adeo Magistratum stipulari posse, ut *L.* 3. *infr. rem pup. sal. for. et L.* 1. §. *exigere. supr. de mag. con.* Ergo Magistratus in his caussis dominis stipulando, sive per se id faciat, sive per alium, quem adhibuit, ideo dominis acquirit, quia in ea re sibi iniuncta vice do-minorum fungitur: ut quasi sub persona ejus ipsi domini stipulati essent, ita his actio acquiratur. † Sed quod in tutoribus et similibus monuimus, hoc idem in Magistratu in his caussis tenendum est, haberi quidem hic Magistratum pro domino, dum rem recte administrat; at non esse dominum re vera. 54
Hinc esse, ut ex hujus et aliorum extraneorum, quos ipse adhibuit, stipulatione, pupillo et his quibus cautum est, non nisi utilis detur actio ex stipulatu: *L.* 4. *infr. rem pupil, sal. fo.* similiter ut ex tutoris stipulatione observari diximus; adeo ut nec si servus publicus stipulatus sit, placeat aliam actionem dari. *d. L.* 4. juncta *L.* 2. *infr. rem pup. sal. fo.* Et merito; servus namque publicus, civitatis aut universitatis servus est non singulorum, ut ante diximus. *L. in tantum*, §. 1. *supr. de rer. divis.* Tutoribus et curaturibus comparatur procurator militis in actione militi acquirenda, in *L. si pecuniam, supr. si cer. pet.* idque favore militum.

Sunt ergo, ut ostendi, genera ista tria eorum, qui alteri stipulando ei obligationem acquirunt. Et sunt quidem sine controversia, atque ita, ut constet etiam evidens ratio, quamobrem excipiantur; non tamen ita, quin de his possit aliquid ex aliis locis dubitari; aut certe quin in tractatione veterum de his generibus videatur nonnihil desiderari posse. † Nam si duo posteriora in hoc numero habenda sunt, cur sunt a veteribus in illis locis, in quibus jus de acquirendis obligationibus tradiderunt, prætermissa? Atqui hoc loco Ulpianus illa regula posita, Alteri stipulari nemo potest, tantum hac exceptione usus est: præterquam si servus domino, filius patri stipuletur. Ipsam adeo regulam juris, qua in universum et diligenter de his, per quos nobis acquiri non potest, comprehensum est, ita conceptam videmus, ut soli excludantur, qui alieno juri subjecti sunt, aut bona fide possidentur. §. *ex his, Instit. per quas pers. nob. ac. L. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus, infra eodem.* Et ratio utriusque generis omittendi veteribus non defuit; neque eo minus recte fit ad explicationem regulæ propositæ, quod ea ex notis locis excipiantur. Nam quod ad secundum genus decessorum heredibus caventium attinet, videri possunt illi ideo prætermissi non quod non constaret inter omnes heredi caveri concessum esse, quod *ex L. avus, de pac.* sciri potest: sed quia heredes ita semper habiti sunt eadem persona cum defuncto, ut qui his stipularetur, magis sibi ipsi videretur stipulari, quam 55

alteri: idque multo magis, quam cum servus stipulatur domino, aut filius patri. Nunquam enim tempus est, eum heres simul atque heres esse cœperit, non succedat in jus, et locum defuncti, ut sic eadem persona efficiatur. *L. quædam*, §. 1. *supr. de ed.* quod de domino et servo, de patre et filio dici nullo modo potest. Sed tamen et heredes natura alii sunt a decessore suo; ut eum de his qui natura alii sunt, quærimus, non male rursum a nobis excipiantur decessores et heredes. Quod attinet ad tertium genus tutorum, et similium, quos in eo genere posuimus; non mirum, si excepti non sunt a veteribus in explicatione superioris regulæ. Regulam enim Juris Civilis tradebant; de quo jure agentibus non fuit necesse tutorum et similium personarum stipulationem excipere; cum hoc jure vere dicatur nec tutorem pupillo stipulari posse; Idque vel ex eo apparet, quod ex istorum stipulatione non directam actionem dari placuit, sed utilem. *L. eum, qui*, §. *si actori, supr. de const pec.* Et tamen quia hic in verbis non hæremus, sed quærimus de stipulationis in alterius personam collatæ effectu; in qua quæstione directa actio et utilis non differunt, quia utraque ejusdem est potestatis. *L. actio*, *supr. de neg. gest.* ideo etiam recte, et ad juris cognitionem utiliter hos excipimus, qui iis dominis stipulari possunt, ut his actio utilis acquiratur ex stipulatione.

55 ✝ Sed ut sunt tria hæc genera eorum, qui alteri stipulari, et cavere possunt, eique et stipulando et paciscendo actionem vel exceptionem acquirere: ita sic statuo plura non esse; neque vero plura reperientur. Scilicet præter superiores non sunt alii, qui eædem personæ habeantur cum iis, quibus cavent: quia nullum potestatis vinculum, nullum successionis jus, nullum jus administrationis inter eos intercedit; quæ inter quonon interveniunt, quia alii atque aliis inter se et natura et jure habentur, ideo in illis omnibus æquitas regulæ propositæ retinetur, ne quisquam ex his sic possit alteri acquirere, ut eo facto alterum lædat, aut oneret. Et fatentur alii vulgo neminem stipulando alteri directam actionem posse quærere: sed, quod innumeris prope locis probari videtur, hoc defendunt multis in caussis posse acquiri utilem: unde sunt illæ tot apud eos

55 exceptiones. ✝ Ego hoc sentio ne utilem quidem alteri posse acquiri, si quis modo ita stipuletur, aut paciscatur alteri, ut res ex persona caventis initium obligationis non sumat, sed ex persona ejus, cui cavetur, contra quam patitur regula juris in *L. quæcunque, supr. de ob. et act.* Non dubitabimus hoc ita esse affirmare de omnibus, si quibus maxime tribui debere videbatur præter cæteros, ut quibusdam stipulando acquirere possent, his non concedatur, ut illis etiam utilem acquirant. Quod in procuratore, qui domino; in liberto, qui patrono; in filio, qui patri aut matri; in matre aut patre, qui liberis suis stipulentur, intelligetur. Nam si qua æquitas hanc acquisitionem admitteret ex aliarum personarum stipulationibus, quam earum quæ superioribus generibus tribus comprehensæ sunt: hoc præcipue æquum erat, ut posset procurator universorum bonorum stipulari domino, cujus negotia administrat, qui ut est, ita vere dicitur a Cicerone *in oratione* pro Cæcinna, quasi quidam pene dominus, hoc est, alieni juris vicarius. Si minus hoc tribueretur procuratori; at certe permitti liberto debuit stipulari patrono propter honorem patrono debitum, propter beneficium singulare libertatis, quo devinctus patrono omnia officia in illum conferre debuit; multoque magis ob easdem et graviores pietatis et conjunctionis caussas idem tributum oportuit filii stipulationi, si is matri aut patri cujus in potestate non est, stipuletur. Si ne his quidem hoc concedi placeret: saltem hoc relinqui debuit matri: si non matri, at certe patri, ut liberis suis liceret stipulari, et his hoc modo acquirere propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem, argumen. in *L. Cujus in fin. supr. sol. matr. L. nam etsi, supr. de inoff. test.* Atqui in his omnibus constanter regula servatur, ut placeat ne istos quidem supra scriptis personis ita stipulari posse, ut vel utilem actionem his acquirant. Quod si ita est, non est, quod potestate acquirendi istis adempta, eam quærendam putemus in cæteris. ✝ Ac de procuratore ita scriptum est in *L. 1. C. per quas pers.* si procurator non sibi, sed ei cujus negotia administrat, redintegratæ rei vindicationem pactus sit, nullam domino actionem acquisitam esse. An aliqua ex ea stipulatione actio acquireretur domino, quæsitum erat. Itaque si competeret utilis, de eo Imperatores respondere1ent; quoniam ad rem omnino pertinebat, ut fecerunt iidem in *L. pater, C. ut pac. con.* Quare etsi nihil aliud dicerent, quam actionem domino non esse acquisitam: tamen omnem, idest, etiam utilem denegari intelligeremus. Nunc autem aperte dicunt, nullam domino actionem acquisitam esse. Quibus verbis omnem actionem excludi manifestum est; proinde non 57

directam solum, sed etiam utilem. Idem intelligitur non obscure ex *L. cum qui*, §. *Julianus libro*, juncto §. *si actori*, *supra*, *de constit. pct.* Nam in §. *Julianus*, traditur, si quis constituat apud procuratorem se solutionem, valere constitutum, sed ipsa si constituat se soluturum ipsi procuratori, non domino: quo declaratur, si apud procuratorem constituat se soluturum domino, constitutum non tenere, eoque nec domino inde quæri actionem. Sed an ne utilis quidem domino dabitur? Ex *sequenti* §. significatur ne utilem quidem domino dandam. Nam in §. *si actori*, distinguens Ulpianus in hac re actorem municipum, tutorem, curatorem a procuratore, de quo supra dixerat, scribit, si quis prioribus illis tribus constituat se soluturum municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti, putare se dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem. Si hoc in his personis proprium jus est, et distinctum a procuratore: apparet procuratorem domino cavendo ne utilem quidem actionem domi-

58 no acquirere. † De liberto scriptum est in *L. si ita stipulatus*, 126. §. *Chrysogonus*, *infr. eod.* his verbis. *Sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est: ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis, cui principaliter obligatio quærebatur.* Si ad solutionem non proficit adjectio absentis patroni, cui libertus dari stipulatus est, idest, si ex hujusmodi stipulatione ne solvi quidem potest patrono: perspicuum est patrono ex ea stipulatione nihil deberi, omninoque ex ea nullam esse patrono actionem, ne utilem quidem. Nam qui utilem actionem habet, is utique creditor est, eique utiliter debetur, quod ea actione potest sibi ab invito consequi: *L. creditores*, *infr. de ver. sig.* in quo etiam et ipse omnibus aliis præferatur. *L. procuratori in rem*, *supra*, *de proc.* Creditori autem quod debetur, recte solvitur, proficitque ea solutio omnibus ad liberationem. Quare et libertus patrono stipulando ne utilem quidem actionem patrono acquirit. Quanquam et superiore dicto amplius quiddam complecti voluisse videtur Paulus: significat enim tantum abesse, ut possit patronus ex superiore stipulatione agere, ut etsi ultro ei ex ea stipulatione solutum sit a promissore per errorem probabilem, tamen illi a solutio non prosit: quod valet solutum ei condici posse, quasi nec natura ei de-

59 beatur, ut supra quoque ostendimus. † Quam utiliter autem paciscatur filius, aut filia patri, matrive, quorum in potestate non sunt, in persona filiæ docet Papinianus in *L. inter*, §. *filia*, *supra*, *de pac. dot.* his verbis: *filia cum pro se dotem promitteret, pepigit ut si in matrimonio sine liberis decessisset, matri suæ dos redderetur: pacto filiæ nulla matri quæritur actio: at tamen heres puellæ matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem obstabit exceptio.* Non dicit matri non quæri actionem, sed nullam quæri: quo et directa et utilis, et si qua alia Jure Civili intelligi potest, excluditur. Idem confirmat Paulus in *L. debitor*, §. *ult. supra ad Treb.* Non alia matris caussa est, paciscentis aut stipulantis liberis suis, Ut, si paciscatur, ut dos a se data filiis suis restituantur, si ipsa in matrimonio decessisset: in qua specie cum quæreretur, an liberi conditione exsistente ex eo pacto dotem petere possent, cautum est in *L. pactum*, *C. de pac. con.* nisi liberi ipsi dotem sibi reddi essent stipulati, neque matrem illis potuisse actionem quærere, neque illos petitionem posse exsequi. Quod de pactione matris in supra scripta specie cautum est, hoc idem scriptum legimus de patris stipulatione in *L. si genero*, *C.* de jur. dot. *Si genero*, ajunt Imperatores; *dotem dando pro filia patr communi eam reddi tibi extraneo constituto* (emancipatum filium alloquuntur, qui patrem eum ea filia, de qua loquuntur, communem habuit) *stipulatus est: nec sibi cessante voluntate, nec sibi prohibente jure quærere potuit actionem.* Sed quoniam in utroque rescripto de utili actione nihil scriptum, aperte est, dubitari potest, an nihil ea verba quæ supra scripta sunt, impediant, quominus utilem saltem ex utriusque parentis conventione dari intelligamus. Et si utilem dari posse intelligerent Imperatores, expressissent, ubi maxime conveniebat id intelligi, ne incertum aut prius delusum dimitterent consultorem. Non enim an filio directa esset actio quærebat, sed an esset aliqua: ad quam consultationem qui apte respondere vellent, respondere debuerunt actionem omnino non competere. Scio in *L. pater*, *C. de pac. con.* dici patrem paciscendo liberis actionem illis quærere non potuisse: ubi tamen adiicitur, etsi Jure Civili hoc ita est, tamen ex æquitate accommodandam utilem actionem. Sed an ideo in superioribus rescriptis intelligimus utilem relinqui? Imo hic unus locus arguit maxime, cum in illis superioribus simpliciter dicitur, patrem matremve sua conventione actionem filio quærere non potuisse; ibi intelligi debere omnem actionem denegandam: quia cum utilis danda est, ea nominatim excipitur, quod in superioribus rescriptis factum non est. Neque vero in illis

aliter facere debemus, quam ut cum interroganti, an aliqua sit actio, respondetur actionem non esse, intelligamus omnem denegare, idest, et directam et utilem : id enim et verbis, et sententiæ convenit. Verba generalia sunt : proinde generaliter de omni actione accipiendi, argument. in *L. item veniunt*, §. *petitam, ver. a quo, supra. de hered. pet. L. si servitus, supra. de ser. urb. præ.* Sententiæ ratio postulat, ut ea capiatur interpretatio, quæ vitio caret. *L. in ambiqua, supra de legib.* Est autem maxime vitiosum, si quis interrogatus, an nulla actio competat, respondeat unam aliquam non competere, de reliquis quæ vere competebant, sileat, de quibus tamen interrogatus erat : quod nihil aliud est, quam ad interrogatum non respondere. Sed nihil vitiosius, quam si verbo generali neges actionem quæri posse, ubi secundum verba omnis actio excluditur ; et tamen directam intelligas, non utilem ; ut sic non solum silentio tuo incertum dimittas consultorem : sed etiam generalitate verbi deceptum in errorem inducas. Sed et in *L. si genero, C. de jur. dot.* quam actionem intelligant Imperatores filio ex paterna stipulatione quæri non posse, ex præcedentibus facile intelligi potest. Nam eodem contextu eademque structura orationis ajunt patrem nec sibi cessante voluntate, nec filio cessante jure quærere potuisse actionem. Quam vero actionem intelligunt patrem sibi quærere non potuisse? perspicuum est hoc eos intelligere, non potuisse acquirere sibi ullam actionem, id est, nec directam, nec utilem. Quapropter in eodem verbo quod simul ad filium referatur, eandem actionem intelligant oportet. Est enim absurdum, ut commune verbum ad duos pariter relatum, in altero utramque actionem contineat, in altera solam directam, ut est in *L. 4. §. 1. supr. de vul. et pu. subs.* Movent tamen in contrariam partem nonnulli loci, quibus ex stipulatione et conventione patris actio filio dari videtur ; interdum directa, nonnunquam utilis. Ego autem illis ipsis locis adducor maxime, ut putem ex conventione patris filio actionem quæri non posse. Primum receptum est patronum recte stipulari a liberto operas sibi, liberisque suis, et quidem ita ut dicatur hæc stipulatio pervenire, seu pertinere ad liberos. *L. 5. supr. de op. lib.* Quibus verbis significatur transire eam ipso jure ita, ut transit defuncti stipulatio ad ejus heredes. §. *si quis ita, supr. eod. L.* Sed nihil hoc ad probandum patrem stipulari posse filio, ut inde filio saltem utilis actio acquiratur. Jam primum singulare jus est in operis : quia æquum sit, ut quem honorem debuit libertus tanquam libertus patrono, hunc eundem habeat et patroni liberis in memoriam et gratiam patroni : Unde et quæ jura tribuuntur patrono in successione liberti, eadem tribuuntur et ejus liberis. *L. 1. §. liberos, supra, si a patre quis ma. sit.* Una hæc res maxime declarat, quia jus singulare sit, non esse producendum ad res cæteras. *L. quod vero, et L. jus singulare, supra. de legib.* Tum autem hæc ipsa operarum stipulatio ejusmodi est, ut non ideo perveniat ad liberos, quia patronus stipulatus sit liberi, sed tantum pervenit, quia stipulatus est sibi. Nam etsi sibi stipulatus esset, non adjuncta liberorum persona ; tamen stipulatio mortuo patre pertineret ad liberos, non ut heredes, sed ut liberos. Siquidem et ex æquis partibus ex ea stipulatione actionem habent, tametsi ex inæqualibus partibus instituti sunt. *L. ut jurisjurandi, §. si liberi, supra, de operis lib.* quod fit contra divisionem rerum inter heredes receptam. *L. ea quæ. C. famil. erciscun. L. inter, §. an ea, supra eod. famil. erciscun.* et quamvis patri heredes non sint, dummodo non sint exheredati, tamen actionem habent ex ea stipulatione. *L. cum patronus, §. 1. supra. de operis libert.* Supervacua igitur liberorum adjectio, sine qua nihilominus idem juris futurum esset. *L. Cornelius, supra, de her. inst.* Proinde nec pertinet quidquam stipulatio ad regulam : cum appareat hinc actionem acquiri liberis non ex eo, quod patronus stipulatus est liberis, qui pro non adjectis habentur : sed ex eo, quod stipulatus est sibi. Jus stipulari sibi neminem vetat, etiamsi jure transferatur ea stipulatio ad alios : sed vetat quemquam stipulari alteri, ut inde illi actionem acquirat nun aliter actionem habituro. † Legimus 60 præterea ex pactione et stipulatione patris interdum actionem utilem liberis acquiri, ut in *L. Cajus, supra, solut. matrim. et L. pater, C. de pact. conven.* sed tum, cum pater non rem quamlibet, sed dotem, et quidem a se datam nomine filiæ, stipulatur reddi non quibusvis, sed aut filiæ ipsi, cujus nomine dos data erat, quod fit in specie dictæ *L. Cajus* : aut stipulatur reddi ipsius filiæ liberis, de quo in *dict. L. pater.* Sed an ideo effici putamus patrem eodem modo stipulantem dotem reddi filio, etiam filio acquirere actionem? atqui id negatur in *dict. L. si genero, C. de jur. dot.* Ego vero non aliis locis magis, quam illis duobus probari puto, si quid pater stipuletur filio, quod cuivis extraneo æque stipulari non posset, ex ea stipulatione nec utilem actionem filio acqui-

ri, etiam si dotem dando stipuletur eam illi reddi. Cur enim placet patrem non plane inutiliter stipulari dotem reddi filiæ? caussa una expressa est in dict. *L. Cajus, in fi.* solut. matrim *favore nuptiarum*, inquit Paulus, *et ne mulier commodo dotis defraudetur, ad id decurrendum est.* Si pater stipuletur dotem reddi filio; neque in eo versatur ullus nuptiarum favor, cum filii nomine dos non detur: neque minus mulier, cujus nomine dos datur, defraudatur commodo dotis. Dicendum est igitur, in quo superioris juris ratio cesset, ad eam nec jus superius pertinere: ideoque nec utilem pactionem ex pactione patris illi acquiri, argument. in *L. quod dictum, supra de pac. L. in omnibus caussis id, infra de regul. jur.* Contra favor nuptiarum in eo est, ut quæ dos datur filiæ nomine, hæc illi conservetur: qua fiat videlicet, ut vel iterum possit mulier nubere, si sit opus: vel si in eodem matrimonio decedit, saltem hujus dotis commodum possit pervenire ad fœtus matrimonii, idest, ad liberos ex eo matrimonio susceptos, quorum caussa, et matrimonium, et dos instituta sunt. *L. 1. supra, solut. matrim.* Eo fit, ut quemadmodum filiæ dotem reddi recte stipulatur pater; ita placeat eum recte stipulari ea defuncta ipsius liberis, ut utrobique et filiæ, et liberis acquiratur actio utilis. *d. L. pater, C. de pac. con.* Animadvertendum est præterea, cum dicitur ex conventione patris, vel avi utilem actionem acquiri filiæ, aut ejus liberis; ibi dici, ubi dotis actio prius quæsita est patri. Nam in *L. Cajus*, pater sic stipulatur filiæ, ut simul stipuletur sibi: stipulatur enim sibi aut filiæ; ubi ipsi et stipulationem et actionem et Jure Civili acquiri constat. *§. plane, Instit. de inutil. stip.* In specie autem *L. pater, C. de pac. con.* etsi ita dat dotem pater, ut paciscatur eam reddi non sibi, sed solum filiæ liberis: tamen non minus ejus dotis actionem sibi acquirit. Cum enim pater dotem dat filiæ nomine, ipsa datione citra aliam cautionem, ut mulieri acquiritur dotis actio, ita acquiritur et patri, si in matrimonio filia decesserit: in eoque patri succursum est jure, ne et filiæ amissæ, et pecuniæ damnum sentiret. *L. jure, supra, de jure dot.* et hoc hactenus, dum modo non aperte stipuletur dotem alii reddi, quam filiæ: alii enim si stipulatur, declarat se sibi actionem quæri nolle, eoque nec quærit, ut est in *d. L. si genero, C. de jure dot.* Neque eo minus dotis actio relinquitur integre filiæ: hanc enim actionem ut in se transferat pater, ipsum sibi eam stipulari aut pacisci oportet, non alii. *L. unica, §. accedit, C. de rei uxo. act.* Jam vero cum paciscitur dotem reddi filiæ liberis, perinde haberi debet, ac si filiæ pacisceretur: in persona enim liberorum ipsi filiæ videtur acquiri: cum etsi matri cauta, atque adeo quæsita dos esset: tamen hic esset exitus, ut matre mortua per eam dos rediret ad liberos. Ita fit, ut liberis filiæ stipulando, paciscendove, non minus actionem dotis habeat, quam si hac pactione non interposita dotem dedisset. Quorsum hæc? ut intelligatur, quia pater in utraque specie superiore sibi prius actionem acquisivit, potuisse eam jure publico sic eam conferre in alium paciscendo, ut ei alii acquireretur saltem utilis, de quo paulo post plura. At si idem stipuletur filio, aliive extraneo dotem reddi, cum supra probaverimus eum sibi dotis actionem non quærere, quia cesset voluntas: contraria nimirum de caussa efficitur ex ea paterna conventione dotis actionem etiam utilem ne filio quidem acquiri posse. Atque hæc etiam in caussa dotis ita sunt, quam et pater ipse dat. et in cujus datione paciscitur eam reddi vel filiæ, vel ipsius filiæ liberis nepotibus suis. Ex quo intelligi debet, quæcunque res sint aliæ, quas pater non a se profectas stipuletur reddi liberis, sed stipuletur a principio illis dari, in ea caussa esse stipulationem, ut sit inutilis et filio et filiæ: adeo ut nec utilis inde actio eis acquiratur. At enim scriptum est in *L. quodcunque, §. si ita quis, infr. eod. Si pater ita stipulatus sit, post mortem meam filiæ meæ dari*, utiliter eum stipulatum. Nego his verbis significari patrem filiæ quidvis stipulari posse post mortem suam. Sed hæc solum sententia est, quibus in caussis pater stipulari potest filiæ: in his si addiderit, post mortem suam, Non minus eum recte stipulari, quam si se vivo dari stipulatus esset: Non enim de rebus, quas possit pater stipulari filiæ agitur in *dict. L. quodcunque §. 1. et seq.* sed de illis verbis, *dari post mortem meam meæ filiæ*, quam utiliter scilicet adjiciatur stipulationi. Quinimo quod exemplo filiæ, non filii Ulpianus illic utitur, evidenter ostendit esse, quod pater utiliter stipuletur filiæ, ut dotem a se nomine ejus datam ei reddi: non esse autem, quod utiliter stipuletur filio, nisi quod et cuivis extraneo non inutiliter stipularetur. Alioqui si pariter ambobus recte stipulari posset, cur uteretur exemplo filiæ, non filii: cum nomine filii etiam filiæ intelligi potuerint: contra autem exemplo pessimum habeatur fœminino vocabulo etiam masculos contineri? *L. si ita scriptum, supra, de leg. 2.* At etiam in *dict. L. Cajus, solut. mat.* scriptum

est utilem actionem ex avita conventione permittendam esse filiæ, maxime propter affectionem personarum. Est hæc quidem una ratio ejus sententiæ illic reddita, fateor: sed non sola; verum illa præterea, ne commodo dotis defraudetur mulier, et quia hoc exigit ille, quem Paulus dicit, nuptiarum favor. Sed et illa personarum affectio, quam nominat, non facit in ea specie, ut possit pater actionem utilem ex ea conventione filiæ acquirere; sed ut existimetur quærere voluisse, quod contra dici debere videbatur: stipulatus enim erat pater dotem reddi sibi, aut filiæ. Quo ex genere stipulationis secundum regulas juris obligatio et actio stipulanti acquiritur: adjectio autem extranei id proficit, ut solutio tantum in ejus personam collata videatur. *§. plane, Instit. de inutilib. stipulationib.* Id Paulus removens ostendit supra scripta stipulatione avum existimandum esse, non solutionem tantum in filiam, sed etiam jus dotis ultro petendæ conferre voluisse: id autem recte defendi affectione patris erga filiam. Sed an volens pater dotis actionem quæri filiæ, id possit efficere, amplius quærebatur: quod ille effici posse ait, et ad hoc probandum referri oportet nuptiarum favorem. Esto tamen, dixerit aliquis; non possit ex stipulatione patris utilis actio quæri alii, quam filiæ, aut filiæ liberis: idque etiam in caussa dotis a patre profectæ. At saltem hoc relinquetur, hanc superioribus ex patris stipulatione quæri posse. Proinde vel hanc speciem saltem a regula juris exceptam oportuit. Non ita est: quod enim supra attigi, id tenendum est, cum quis rem suam alieni tradit, et in traditione rei hanc legem dicit, ut res restituatur alteri, sic jus commune esse, ut si is qui tradit, ex ea traditione prius sibi actionem quæsivit, non prohibeat regula juris, quominus simul etiam ex ea pactione utilis extraneo, in quem restitutio collata est, detur actio. Quod si verum est, non fuit caussa, cur exciperetur, quod non exceptum regulæ non adversatur. Denique hoc dico non fuisse in ea caussa excipiendum patrem potius, quam cæteros: cum et quivis extraneus rem suam ea lege dando, ut alteri reddatur, efficiat, ut ei quæratur actio utilis, si modo de eadem re reddenda prius sibi actionem quæsierit: de quo, ut dixi, postea. Videndum est tamen, dicat hoc loco aliquis, ne nobiscum pugnantia loquamur, cum ex superiore partione reddendæ dotis dicimus jure cæterorum aliis de rebus paciscentium communi utilem actionem quæri filiæ; qui prius diximus fieri id favore nuptiarum, et ne mulier defraudetur commodo dotis. Si fit jure communi, non fit favore nuptiarum: cum etsi de re alia quavis, quam de dote sua mulieri reddenda agatur, sit utilis actio. Aut si propter nuptias in dote solum id receptum est; perspicuum est id jus neque ad cæteros stipulatores paciscentesve, neque ad cæteras caussas pertinere. Sed quod in supra scriptis duabus caussis quæritor filiæ, ejusve liberis utilis actio, uti in eo duo sunt, quæ filiæ et liberis tribuuntur: ita recte et consentanee dicitur quæri hanc actionem partim jure cæterorum communi, partim singulari, et favore nuptiarum. Duo hæc sunt, et quod quæritur utilis actio filiæ, et quod quæritur soli filiæ. Quod filiæ quæritur, ex eo est, quod pater dotem dedit hoc pacto interposito, ut filiæ redderetur, prius tamen actione dotis sibi quæsita. Commune hoc jus est cum cæteris, qui rem aliam suam quamlibet ita dant, ut restituatur alii; ut indicat *L. pen. C. ad exh. L. quoties, C. de dot. quæ sub mod.* et similes loci, de quibus mox. Sed ut hic quæritur filiæ actio utilis: ita soli filiæ quæri potest. Sic enim placuit, ut supra dixi, patrem pacisci posse dotem, quam ipse dat, alii reddi, quam mulieri, dum paciscatur reddi sibi: alii autem stipulando, paciscendove actionem dotis mulieri adimere eum posse non placuit. *L. unica, §. accedit, C. de rei uxo. ac.* Hoc vero singulare jus in dote, nuptiarum favore constitutum, et ne mulier dotis commodo defraudetur. Summam hanc esse volo de stipulatione et conventione patris: Si quid pater stipuletur liberis, quos in potestate non habeat (nam de his agimus) præter dotem a se profectam; ipsum ne utilem quidem actionem his acquirere, in quibus caussis cuivis extraneo non acquireret: nec obstare stipulationem operarum, quas ipse recte stipuletur a liberto sibi, liberisque suis: quoniam magis hæc stipulatio liberis acquiratur, quia patronus sibi stipulatus sit, quam quod stipulatus sit liberis. Quod ad dotem attinet, posse patrem pacisci, stipularive eam reddi liberis; sed prius a se datam nomine filiæ, et eam, de qua reddenda sibi prius actionem acquisierit, vel eam sibi nominatim stipulando, vel hoc ipso, quod dedit nomine filiæ, juxta *L. jure succursum, sup. de jur. do.* et præterea quam stipuletur, aut paciscatur reddi non cuivis ex liberis; sed aut filiæ, cujus nomine data erat ex *L. Cajus, sol. mat.* aut (quod idem valet) ejus liberis ex *L. pater, C. de pac. con.* Quamvis autem in hac specie utilis actio recipiatur: tamen ne hoc quidem pugnare cum regula, quam tractamus, quia

hic prius pater sibi caveat; nec sit novum, ut cujus rei obligationem sibi quis paravit, is eam rem alteri stipulando aut paciscendo, actionem quam habet, si non directam, at certe utilem in eum, cui cavit, transferat.
61 † Quæ si in procuratoris, liberti, filii, matris denique et patris rantionibus vere dicuntur; non est, ut dixi, quod dubitemus multo magis idem jus esse in aliorum omnium stipulationibus et pactionibus, quibus cavetur alteri. Proinde recte in universum ita definiri, cum ab his tribus generibus, quæ excepimus, discesseris, quisquis stipuletur, aut caveat alteri, non sibi; adeo hic jure nihil agi, ut ex ea cautione ei, cui cautum est, ne utilis, quidem actio acquiratur, nam et in superiorum stipulationibus
62 idem fieret. † Quid ergo sibi vult, quod tam multis locis legimus, ex stipulatione procuratoria utilem actionem domino acquiri? ut *L. damni*, §. *ult. supr. de dam. inf. L.* 5. *inf. de præt. sti. L. in caussa, in fin. et L. seq. supr. de proc.* Neque hoc tantum de procuratoris stipulatione receptum est, sed etiam de pacto cujusvis extranei, etiam qui procurator non sit, si quod is in traditione rei a se traditæ interposuit, cavitque, ut ea res restitueretur alii, ut *L. pen. C. ad exhib. L. quoties, C. de donat. quæ sub mod.* Et diligenter expendantur superiores loci omnes: reperiemus in his tum ex stipulatione procuratoris actionem dari, cum ipsa per se stipulatio valet, idest, cum in persona procuratoris constitit, quod fit, cum ipse sibi est stipulatus; idque præcipue intelligi potest ex dict. *L. in caussæ*, §. *ult. et L. seq. supr. de proc.* Quod si non sibi stipulatus erit, sed domino, verbis stipulationis in personam domini collatis, qua de re nunc agitur: sciamus ita nullam esse stipulationem, ut ne hinc quidem domino acquiratur actio utilis. Hoc illud est, quod definitur in *L. quæcunque gerimus, supr.* de obl. et act. *Quæcunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.* Cum stipulatur quid procurator, ex contractu ejus originem trahit, quod gerit. Si ex ejus persona initium obligationis sumat, dum scilicet stipulatur sibi; valet stipulatio omnino, et is directam actionem sibi acquirit, quantumvis in re domini id faciat, atque adeo ipsius nomine. *d. L. in caussæ, in fin. et L. seq.* Sin res obligationis initium sumat ex domini persona, quod fit, dum procurator stipulatur ei dari, aut fieri: tum ex regula supra scripta inutilem actum efficit. Ex inutili stipulatione nulla quæritur actio, neque ipsi, cessante voluntate, neque domino prohibente jure, ut scriptum est in *L. si genero, C. de jur. dot.* Ex utili sic ei directa actio quæritur, ut quæ primo illi recte quæsita est, et ita personam habuit, in qua consisteret, possit ab eo in dominum transferri: directa quidem, volente procuratore, si eam cedat; *L. possessio quoque*, §. *ult. sup. de acq. poss.* utilis autem etiam invito eo. Sed hoc posterius quibusdam in caussis tantum receptum est, non semper. Est autem receptum in summa in caussis tribus. Primum si stipulatus sit procurator ex re domini: veluti si re domini vendita stipulatus sit ejus rei pretium. *L. quod procurator, sup. de proc.* æquum est, quod a domino proficiscitur, id ad eum reverti: ut de bonis a patre profectis scriptum est in §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Hinc est, cur ex stipulatione procuratoris detur domino utilis actio de eo, quod procurator in judicio stipulatus est: quo in genere sunt exempla; *d. L. in caussæ*, §. *ult. et L. seq. de proc.* Altera caussa est, si procurator stipuletur quid domino præsente, quamvis non ex re ejus. *L. si procuratori*, 79. *infr. eod.* quasi in eo quod domino præsente geritur, hæc mens sit, et cogitatio contrahentium, ut quemadmodum dominus se, id quod geritur, ad se pertinere velle præsentia sua confirmat, ita contrahentes quod illius nomine geri, quodque illum in ea re velle intelligunt, pariter ad illum velint pertinere. Tertiam caussam utilitas et necessitas peperit. Ea caussa est hujusmodi, si res domino aliter salva esse non possit, quam si ex stipulatione procuratoris detur ei saltem utilis actio: est enim æquum rem domino non perire, cujus nomine gesta est. Hue est, quod legimus actionem competere domino ex stipulatione procuratoris, sed caussa cognita, ut in *d. L. damni*, §. *ult. supr. de dam. inf. et d. L.* 5. *infr. de præt. stip.* Hue enim interpretor, in caussæ cognitione versari, si aliter domino res servari non possit: quod ita fit, si procurator absit, eoque non possit actionem directam domino cedere, aut præsens nolit cedere, et utroque casu non sit solvendo: quod in contractibus institoris primo receptum, ut est in *L.* 1. §. *ult. et L.* 2. *sup. de inst. act.* postea hujus exemplo ad procuratoris contractus translatum est, ut declaratur in *dict. L.* 5. *infr. de præt. stip. et L. Julianus*, §. *si procurator, supr. de act. em.* Hæc de procuratoris stipulatione. † Quod 63
attinet ad eum extraneum, qui ne procura-

tor quidem sit; legimus etiam ex hujus pacto, quo alteri cautum sit, interdum alteri utilem actionem dari; sed tunc solum, cum is, qui paciscitur, rem suam dat, cujus et recipiendæ nomine ab eo, cui dat, sibi actionem acquirit, et nihilominus in re danda paciscitur eam alii restitui: utputa, rem quam apud se quis habebat, commodavit alicui, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam rem domino cujus erat, restitueret. Hic placet ei cui cautum est, utilem actionem dandam commodati, vel depositi. *L. pen. C. ad exhib.* Neque res consistit in hac specie, quasi quidquam ad rem pertineat, quod qui commodavit, aut deposuit, paciscitur rem suo domino reddi, non alii. Nam etsi quis rem suam donaverit ea lege, ut donatarius eam alii, qui dominus non erat, restitueret: placuit ei, cui cautum est, utilem actionem dari. *L. quoties, C. de donat. quæ sub. mod.* Cur ergo in his caussis hæc ita admissa sunt ex ejus pactione aut stipulatione, qui plane sit extraneus? Quia animadvertendum est in his non novam actionem pacto alteri acquiri; sed eam, quæ prius in persona paciscentis recte et secundum regulas juris constiterit illi suo nomine quæsita, voluntate ejus in alium ita transferri, ut is, in quem confertur, utilem tantum actionem eo nomine habeat. In priore specie qui commodavit, ex commodato commodati: qui deposuit, ex deposito depositi actionem sine alia conventione sibi acquirit, quamvis maxime rem alienam commodaverit, aut deposuerit. *L. commodare, et L. seq. supr. com.* Consistit ergo in persona ejus hæc obligatio, nec ex alterius persona sumit initium. Ejusdem rei nomine actio utilis ex pacto commodantis, aut deponentis alteri acquiritur: at quæ? utrum nova? imo prior illa commodati, et depositi, quæ commodanti aut deponenti quæsita erat; sed utilis tantum, cum directa paciscentibus competeret, et ideo in *d. L. pen. C. ad exhib.* ex pacto deponentis non datur actio præscriptis verbis ei, cui res ex pacto restitui debet: quæ tamen actio ex ejusmodi pactis in traditione rei nostræ interpositis nasci solet; *L. 5. §. 1. supr. de præs. ver.* sed datur utilis depositi; eadem illa nimirum, quæ ipsi deponenti suo nomine fuerat quæsita. Similiter et ex conventione ejus qui donavit, datur utilis actio ei, cui ex pactione res restitui debuit: sed diserte additum est in dict. *L. quoties. C. de do. quæ sub mo.* eam dari, quæ ipsi donatori, aut heredibus ejus competeret, idest, condictionem: hæc autem donatori ex hac caussa nascitur. Nam qui rem donat hac lege, ut reddatur alteri, is rem dat ob caussam, ut id quod dixit, postea sequatur: quod si non sequitur, huic condictio est rei ob caussam datæ caussa non secuta *d. L. 5. §. 1. de præs. ver. L. lege L. dictam, C. de cond. ob. cau. dat.* Hæc ergo donatori quæsita, sic deinde voluntate ejus ex pacto transfertur in alterum, cui pactus
est. ✝ Non dissimilis caussa est ejus stipu- 64
lationis, de qua agitur in *L. pater, C. de pac. con.* de qua et supra commemoravimus, cum scilicet pater dotem a se filiæ nomine datam, paciscitur filia defuncta restitui ejus filiis nepotibus suis. Nam, ut diximus, ex hac datione prius patri qui dotem dedit, acquiritur de dote actio, sive filiam in potestate habuit, sive non habuit. *L. 2. sup. sol. ma. L. jure succursum. supr. de jur. dot.* Hæc ipsa actio utilis ejus nepotibus dabitur, non nova, si modo superiorum caussarum exemplum sequi volumus, ut debemus: est enim in omnibus negotium, et ratio eadem. Non mirum, si et hic quoque quæ actio in persona patris prius constitit, et ejus fuit, ea pacto ejus ex æquitate transit in alterum, idest, utilis; multoque magis eadem dicemus, si pater nominatim stipulatus sit dotem sibi reddi, una et filiæ, aut ejus liberis, ut fit in specie *L. Cajus, supr. sol. mat.* Quæ omnia non jure singulari aliquo et favore personarum, aut dotis constituta sunt, sed publico jure et communi: ✝ 65
quo receptum est, ut ex omni caussa, ex qua Jure Civili res transferri solent, actio quævis alicui competens ad alium transire possit, ut is utili actione experiatur, si creditor hoc animo sit, ut ex ea caussa actio in alterum transferatur. Hoc enim fit, si quis actionem vendiderit: *L. postquam. L. ex nominis, C. de her. vel act. vend.* si legaverit: *L. ex legato, C. de lega.* si in solutum dederit: *L. ult. C. si fis. vel priva.* Sit ergo idem juris, et si quis actionem, quam habet, ad alium pertinere velit liberalitatis et donationis caussa: quod fit non in eo tantum, qui donavit ea lege, ut res redderetur alii: sed etiam in cæteris caussis, in quibus qui dedit quid ex alia caussa, paciscitur, ut id restituatur alii donationis gratia. Sed quid refert, dixerit aliquis, ut adversus eas regulas, quæ initio positæ sunt, committatur, quomodo procuratoris, aut cujusvis extranei opera acquiratur alii actio, si acquiritur? an non enim hoc modo semper verum erit, extraneum alteri stipulari, et ei actionem acquirere? quorum utrumque illis regulis pariter adversatur. Minime: ✝ is enim di- 66
citur stipulari alteri, non qui stipulatur sibi

alterius nomine, idest, qui stipulatur sibi id, quod a se deinde in alterum transferat: sed qui stipulatur recta alteri, idest, qui stipulatur nominatim alteri dari, aut fieri, seu ita, ut alteri debeatur, alter agat suo nomine, §. *si quis alii, Instit. de inut. stip.*
67 *L. quæcunque gerimus, supr. de ob. et ac.* † Sed et cum acquirit quis sibi actionem, facitque sua voluntate, ut possit deinde ea uti alius; non tamen dicitur alteri actionem acquirere, sed eam quam habet, in alium transferre: inter quæ multum interest. Nam cum tibi rem meam vendo et trado, non eam tibi acquiro, sed tu tibi, etiam si eam in te transferam. At si eum alius tibi vellet tradere, ego tuo nomine mihi traditam accipiam; hic demum dicor tibi acquirere possessionem, ubi eam non a me accipis, sed ab alio, opera tamen mea, et quasi ministerio interposito. *L. 1. §. per procuratorem, supr. de acq. pos.* In summa actionem cuique recte quæsitam in alium transferre, ut alter suo nomine utilem habeat, non modo jus non prohibet, sed æquum et usitatum est admittere. Ab hanc rationem pertinent et patris, et procuratoris, et cujusvis extranei tum stipulationes, tum pactiones, ex quibus alii actionem utilem acquiri ante diximus. Alteri autem stipulando, paciscendove, ei actionem acquirere, seu efficere, ut ab illius persona initium capiat obligatio, id est, quod regula juris vetat, nec ulla admittit æquitatis ratio. Adversus hanc rationem nihil peccatur superioribus illis pactionibus, omninoque illæ ad hanc speciem non pertinent: proinde nec ab hac regula, qua non continentur, excipiendæ fuerunt. Ergo cum stipulatio aut pactio in alium confertur, semper inutilis stipulatio, et pactio est? Effectum est superioribus, eoque illa omnia pertinent, ut constet, cum tria illa genera stipulantium, aut paciscentium, de quibus dictum est, exceperis, plane esse inutilem, et quod dicitur in §. *si quis*
68 *alii. Inst. de inut. stip.* nihil agi. † Quod tamen sic erit accipiendum, ut intelligatur esse inutilis ei alteri in quem collata est, ut quidem ei obligatio aut actio, aut quidquam aliud inde acquiratur, uti fieret, si ille sibi esset stipulatus. Eamque sententiam esse regulæ juris, cum dicimus, neminem alteri stipulari posse, illæ aliæ, quæ sunt de hoc genere, declarant, quarum altera per liberam personam alteri obligationem et actionem acquiri vetat: §. *ex his, Inst. per quas per. l. si ita quis, §. Chrysogonus, infr. eod. L. solutum, §. per liberam, supr. de pig. act.* altera vetat stipulari, contrahere, ita ut alter suo nomine agat. *L. quæcunque gerimus, supr. prox. tit.* Hoc diligenter moneri cum ad regulam recte interpretandam valet, tum ad jus plurimum conducit, non sic prohiberi nos alteri stipulari, quasi alterius expressio non possit ulli aut ad rem aliquam esse utilis: sed ut non possit esse ei, cui cautum est, ut ei quid acquiratur. Cæterum sive id agatur, ut ea expressio prosit uni ex contrahentibus, sive hoc efficiat, ut prosit quidem ei, cui cautum est, non tamen quo ei acquiratur; horum utrumque quominus admittatur, regulam juris non esse impedimento. Hinc est, quod placet ita nos recte stipulari, mihi aut Titio dare spondes? dum videlicet stipulatio ita accipitur, ut mihi soli secundum regulam juris acquiratur obligatio, Titio nihil: neque tamen ideo Titii adjectio sit inutilis: quia hoc præstet, ut promissor quamvis mihi debeat, tamen Titio possit solvere etiam me invito, ut liberatio ipso jure contingat. §. *plane, Inst. de inut. stip. L. vero, infr. de sol.* Et hoc est, quod dicitur in d. §. *plane*, ideo (1) valere hanc stipulationem, quia non stipulatio, seu obligatio stipulationis in Titium conferatur, sed solutio dumtaxat: hanc autem in extraneam personam conferri posse. Verbis quidem stipulor Titio decem itidem ut mihi: sed dum jus vetat Titio obligationem acquiri, saltem hoc relinquitur, promissori, quod ei dat lex et conventio stipulationis, ut possit vel mihi, vel Titio solvere, ac proinde Titio, si velit, *d. L. vero, de sol.* Neque vero, ut dixi, quominus id fiat, regula juris prohibet. Nam hoc modo Titio nihil acquiritur, ac ne solutio quidem: solvet enim promissor Titio, si velit; si nolit, non cogitur: liberum est ei, potius mihi, cui jure obligatus est, solvere; et quamvis solverit Titio: non ideo tamen propter stipulationem Titio acquiritur. Non

(1) Quia obligatio juris, solutio facti Vult. *in d. §. 4. n. 2.* et actus plane naturalis, qui recte in alterius personam confertur, Hopper. *d. lib. 3.* τεσθαν.. *pag.* 86. Vid. Gomez *2. Resol. 11. n.* 20. Quid si ita: Quod mihi debes Titio solvere spondes? Hopper. *Lib. 3. pag.* 87. non recte collatam esse in Titium solutionem, quia solutio est sui natura accessoria ad obligationem, ac nisi sit e qua vim accipiat stipulatio, adiectio nihil valere potest *L. ult. §. ult. de V. O.* Denique illa verborum forma magis respicit ad delegationem quam ad collationem solutionis in aliquem.

enim obligationis necessitate coactus promissor illi solvit: sed quia voluit. Negari tamen non potest Titii adjectionem esse utilem, ex qua facultas Titio solvendi nascitur: sed acquiritur hæc promissori, non Titio adjecto. Regula juris in extraneam personam quidquam juris conferri, quod ei acquiratur, vetat: iis autem, inter quos negotium geritur, non modo non vetat quod ex conventione acquir.: sed etiam hac una de caussa inventæ sunt stipulationes et conventiones juæ, ut quis acquirat, quod sua interest, ut hoc loco, quem tractamus, scriptum est, et in §. *alteri*. *Inst. de inut. stip.* Hac autem specie admissa, quæsitum est et de potestate solvendi Titio, quam hac stipulatione induci dicimus: et propter affinitatem stipulationis quid judicare deberemus de illa stipulatione, mihi et Titio dare spondes: in quo de vi utriusque stipulationis quæritur. De his scripsi ad *L. cum quis*, 55. Ne hoc quidem, ut dixi, regula juris repudiat, ut dum alteri stipulamur, aut paciscimur, stipulatio aut pactio possit ei, cui cautum est, esse utilis, dum ei inde nihil acquiratur. Et quomodo potest illi prodesse cautio, quæret aliquis, ut illi nihil acquiratur? si pactione efficiatur, ut jus extraneæ personæ quod habuit, integrum
69 servetur, non ut illi acquiratur novum. † Hinc illa pactio creditoris cum alio interposita, tamen utilis debitori, cum vendit creditor pignus hac lege, ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori liceret ei recipere rem suam. Debitor, inquit Ulpianus, ob hanc conventionem vindicare rem poterit. *L. si cum venderet. supr. de pign. act.* Ergo illi, dicet aliquis, ob hanc pactionem actio acquiretur: quod regula juris non patitur. Non ita est; vindicationem enim rei per se et sine ulla conventione ante venditionem debitor habuit. Non ergo illi quæsita est actio, quam habuit; sed eam quæ erat, illi creditor conventione sua integram servavit, dum cavet, ne pignus aliter emptum sit, quam ut debitori, eidemque domino suum jus salvum sit ad rem suam repetendam. Adjicit tamen Ulpianus *ibidem*, posse etiam debitorem ob superiorem conventionem in factum actione adversus emptorem agere. Quod jam videri poterit regulæ juris adversari, cum illic actionem in factum intelligere debeamus actionem in personam, quam prius debitor non habuerit: quoniam hæc eo loco ab actione in rem distinguitur, ut sit nimirum ea actio, quæ nunc primum acquiratur debitori. Et est omnino ejusmodi quæ illi acquiratur: sed ea quæ prius creditori quæsita sit ipsius conventione quæ [illegible] in la voluntate creditoris transeat ad debitorem: verum ita, ut creditori adversus emptorem hæc actio sit directa; in persona autem debitoris sit utilis, quæ idem in factum ab Ulpiano appellatur. Ut circa legem Aquiliam quæ actio dicitur utilis in §. *ult. Inst. de leg. Aq.* eadem in specie dicitur in factum in *L. boves. supr. ad leg. Aqui.* Ea est autem Ulpiano ex vendito actio adversus emptorem, quam ex supra scripta conventione significaveat Ulpianus creditori competere, ut ille conventioni staret, et cujus nomine dixerat pignoraticiis actionibus teneri creditorem, ut eam mandet debitori. Hæc, inquam, creditori recte quæsita cum ex persona ejus initium sumpserit, jure communi fit, ut voluntate et pactione ejus ab ipso in debitorem, cujus interest, transferatur, sed utilis, eoque in factum. Itaque acquisitio superiore illa ratione recte defenditur, quam supra exposuimus, quæ est de actione nobis quæsita in alium transferenda, ad eamque omnino referri debet. Redeo ad rei vindicationem, quæ creditori nunquam competit, eoque nec potest dici ab eo in debitorem transire; et tamen debitori datur ex supra scripta conventione creditoris. Sed hoc, inquam, movere nos non debet: non enim, ut dixi, hic vindicatio debitori acquiritur: sed ea quæ erat, debitori creditoris conventione retinetur. † 70
Eandem defensionem habet, quod si quis negotia creditoris gerens interpellaverit ejus debitorem, et is moram faciat: placuit debitorem re postea amissa non minus teneri, quam si a creditore ipso interpellatus moram fecisset. *L. si quis solutioni. §. mora, supr. de usur.* nam alioqui nec paciscendo, nec quovis alio facto per liberam personam alteri actio acquiri potest. *L. 1. C. per quas pers. L. solutum. §. per liberam, supr. de pig. act.* Sed dicendum est in proposito non acquiri ista interpellatione actionem creditori; sed eam, quam ejus tum fuisse constat, eo facto illi perpetuari, idest, ita muniri adversus futuros casus, ut nullo interitu rei possit postea exstingui. Quanquam et hoc casu dici potest non minus tuto, quam vere, quod eleganter in re simili scriptum est ab Ulpiano in *L. 3. in princ. supr. quod vi aut clam.* Etsi fateamur hic actionem creditori quæsitam; non tamen facto alieno ei acquiri, sed ipsius debitoris. Non fecisset debitor moram sine interpellatione extranei. Non tamen quia interpellatus est, tenetur, potuit enim statim solvere: potuit etiam moram non facere, si puta nullam caussam habuit, cur putaret se dare debere: sed tenetur,

quia interpellatus sine justa caussa solvere recusavit. Non igitur ex interpellatione actio creditori nata est; sed ex eo, quod interpellationem secutum est, idest, ex debitoris
71 cessatione et mora. † Quod reliquum est, quando sæpe ad affectionem et votum nostrum pertinet alteri dari, cui cautum volumus, neque id tamen per regulas juris ita illi cavere licet, ut ei cautione nostra actio acquiratur: ostensa est hoc loco ratio a veteribus, qua quod quis alteri stipulando recta consequi non potest, id obliqua via consequatur, aut certe non minus sibi consulat. Ea est, ut si alteri dari aut fieri quis stipulatus velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, ut comprehensum est; sic enim fiet, ut nisi id ita factum sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Hoc Ulpianus hoc loco. Idem legimus in §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* Ergo quod hic dicitur de stipulatione pœnæ committenda, non ita dicitur, quasi pœnali stipulatione confirmetur prior, quæ per se erat inutilis: sed eo spectat, ut intelligatur hac stipulatione interposita adversus incommodum, quod ex regula juris metuitur, recte stipulanti caveri. Etsi enim non eo magis tenetur promissor, ut id faciat, quod promisit: neque in id quod interest extranei, quia illi actio non quæritur: neque in id quod interest stipulantis, quia ejus nihil interest alteri dari: tamen si eo non facto quod cautum est, stipulatio pœnæ committitur, ut committi diximus, non dubium est, quin facturus sit consultius promissor, quod promisit, ne in pœnam incidat: et tamen si ne sic quidem pœnam metuet, saltem pœnæ persecutione stipulanti consultum erit. Nisi quis dicat pœnam ei deberi non posse, cujus nihil interest: quod non ita esse Ulpianus docet. *Pœnam enim*, inquit, *cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit; sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.* Sed quorsum hæc inspici, aut quid ad rem, de qua agitur, facit? nempe inspicitur, quæ sit conditio, ut scire possimus, an exstiterit, nec ne: et eo pertinet sciri, quia si exstiterit, stipulatio committitur: conditione autem impleta inspicitur, quæ sit quantitas stipulationis, ut sciamus, quantum debeatur: quanta enim pecunia stipulatione promissa erit, tantam sciendum est impleta conditione deberi, et peti posse. Ratio
72 sumpta ex vi et natura stipulationis. † Hæc stipulationis omnis vis et potestas est, ut quod, quantumque in stipulationem deductum est, ita Jure Civili debeatur. §. *de constituta*, *Inst. de act.* In stipulationibus faciendi, si factum non sit, quod fieri debuit, continetur id quod interest. *L. si pœnam*, 68. *L. quoties quis*, 81. *infr. eod.* ut consequens sit in his illud inspici, quid stipulantis intersit: ac nisi ejus intersit, nulla sit actio. *L. si quis ab alio*, *supr. de re jud.* In stipulationibus autem dandi, cum aut res certa promittitur, ut fundus; aut certa quantitas, ut decem; qualis est pœna, quæ promittitur, sic jus est, ut jam non quod interest, sed hæc ipsa, quæ certa in stipulatum deducta sunt, semper debeantur ex stipulatione. Si quidem pure promissa sint, statim; sin sub conditione, tum incipiant deberi, cum conditio exstiterit, quæcunque tandem sit conditio. §. *sub conditione*, *Institut. eod. L. a Titio infr. eod.* Hoc vero ad probandum in pœna non inspici, quid intersit, id de quo quæritur, ita pertinet. Omnis enim pœna permittitur sub conditione: Atque hæc conditio est, non si stipulantis intersit alteri dari, neque datum sit; sed simpliciter si alteri datum non sit, quod illi dari promissum erat. Ex quo recte colligitur in pœna si factum non sit, quod promissum est, potestate stipulationis pœnalis hoc effici, ut pœna debeatur; quia ejus conditio exstiterit, etiam si alteri dari stipulantis non intersit. Interim locus de vi pœnalis stipulationis notandus est: † in quo de pœnæ stipulatione 73
tria Ulpianum statuere animadvertere possumus. Primum pœnam nos utiliter stipulari posse, etiam tum, cum principalis stipulatio, cui pœna subjicitur, non valet. Deinde hanc impleta conditione deberi et peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, et cujus non facti nomine subjecta erat pœnæ stipulatio. Postremo quantacunque promissa erit pœna, tantam deberi. Quæ an vere dicantur, quæsitum est, propterea quod ex his caussis sæpe legimus inutilem esse pœnæ stipulationem. Et dicuntur in specie, de qua agitur, verissime omnia: utpote in qua nihil sit, quod possit obstare stipulationi pœnæ præter unum aliquod ex tribus illis propositis: aut quod principalis stipulatio non valeat, aut quod nihil intersit stipulantis, aut quod major justo summa stipulatione sit comprehensa. Eorum vero nihil hic obesse stipulationi pœnæ Ulpianus significat: quo nihil est neque in hac specie, neque in omni alia pœnæ stipulatione verius. Sed non ideo omnes stipulationes pœnales utiles, ne quis forte exemplo hujus loci ducatur ad idem statuendum de ceteris. Unde igitur hæc varietas in rebus, ut videtur, ejusdem generis et similibus? quia præter ista sæpe incidit aliquid in stipulatio-

nem ipsam pœnam, quod faciat stipulationem inutilem: quod ipsum si incideret in alias quasvis, non minus vitium afferret stipulationi. De quo ut possit constare, breviter quibus in caussis et quamobrem id accidat, dicendum est. Ita etiam quæ stipulationes pœnales valeant, quæque non valeant, semel hoc loco intelligetur.
74 † Et duabus in caussis inutili stipulationi principali subjecta pœnæ stipulatio est inutilis: si aut rei turpis stipulationi subjecta sit; *L. stipulatio hoc modo, inf. eod.* aut subjecta stipulationi impossibili. *L. si homo. infr. eod.* An quod principales stipulationes inutiles, ut oporteat stipulationem pœnæ velut accessionem earum conditionem sequi? arg. *L. si eum, §. qui injuriarum, supr. si quis caut. §. fidejussores, Instit. de fid.* Minime. Non enim pœnalis stipulatio accessio est ejus stipulationis, cui subjicitur; cum possimus jam a principio decem nobis stipulari, si Titio fundum non dederis, ut conditione impleta non minus decem debeantur, quam si prius stipulatus essem fundum Titio dari. Sed hæc caussa est, quod turpi et impossibili stipulationi subjecta pœnæ stipulatio, fit et ipsa turpis, et impossibilis, ut docui ad *d. L. si homo, infr.* ut consequens sit in pari vitio non magis eam valere posse, quam priores. Non eadem conditio stipulationis pœnalis in specie proposita: ubi quæ res priorem stipulationem inutilem constituit, ea non modo cessat in pœnæ stipulatione, sed etiam in contrarium mutatur: ut merito contrariæ caussæ diversum jus exigant. Ideo enim cum stipulatus sum Titio dari, nullius momenti est stipulatio, quia stipulatus sum alteri, non mihi. Valeat ergo subjecta stipulatio pœnæ contraria de caussa; quia pœnam mihi sum stipulatus, non alteri. Sed et cum stipulantis nihil interest, etsi ipso jure semper committitur ei stipulatio: tamen placet interdum agenti ei doli mali exceptionem opponi, ut hoc modo fiat ei stipulatio pœnæ inefficax. Quod tunc fieri diximus ad *L. 2. §. ult. supr. eod.* cum pœnam stipulantis ita nihil interest fieri id, de quo ei cautum erat, ut certum sit natura rei nihil interesse ejus, neque pecuniariter, neque adeo ex affectione. Sed intelligendum est non ideo fieri, quia stipulantis non intersit, sed quia id actum sit, ne pœna hoc casu exigeretur. Ac sine consensu non pœnæ tantum stipulatio, sed et quævis alia nulla est: nemo enim stipulatur quid fieri, et nisi factum fit, pœnam: nisi quia cupit metu pœnæ id fieri, quod stipulatus est. Neque vero id agit aut laborat quisquam, ut fiat, quod aut ad utilitatem ejus privatam, aut ad affectionem saltem non pertineat. Quo fit, ut in quo nihil horum est, is non intelligatur esse hoc animo, ut eo non facto quidquam exigat. Non enim probandum est, ut velit id fieri, quia libet: ubi promissorem solum oneret, neque in eo sibi aut alteri consulat. At ubi constabit velle stipulatorem id fieri, quod stipulatus est quod ita fit, si intersit ejus vel ex affectione: dicemus semper valere pœnæ stipulationem, quamvis ejus nihil intersit, idest, non intersit vere et pecuniariter. Quia quid intersit, in pœna non spectetur: dum constet id actum esse, ut fieret quod promissum est. Id autem accidit in proposito, cum stipulati sumus dari alteri: hominem enim beneficio affici interest hominis. *L. servus. supr. de ser. export.* † Postremo hæc species pœnæ 75
improbatur, cum convenit ut ad diem pretio non soluto, aut alia quavis pecunia debita non soluta, creditori duplum præstaretur. *L. Julianus, §. ibidem, supr. de act. em.* An quod pœnæ quantitas ad duplum ejus, quod principali stipulatione comprehensum est, progredi non potest? Minime, si præter quantitatem pœnæ nihil extrinsecus accedat, quod vitiet stipulationem; sed quia hoc ipsum vitium incurrit aliunde in specie superiore propter conditionem rei in principalem obligationem deductæ: pecunia enim numerata principaliter debebatur: qua ad diem non soluta si quid promittitur, aut usura est, aut loco usurarum. Jam vere certus modus usuris datus est constitutionibus longe infra duplum sortis, *L. eos. C. de usur.* Ita fit, quod subjicitur in *d. §. ibidem*: ut dupli pœna ideo illic non debeatur, non quia sit quantitas certa in pœna constituta, quam excedere non liceat; sed quia in ea specie dum pœna usuram legitimam excedit, alliciatur in fraudem legum; eoque et proprio vitio sit inutilis. Itaque si promittatur pœna in his caussis, in quibus licet promittere sine fraude usurarum, ut in proposito accidit: non modo ad simplum, aut duplum stipulari eam licebit; sed et ad triplum, et ad quadruplum; et denique quantum contrahentibus visum fuerit, ut disserui in commentario de eo quod interest, in extremo. Ut semper verum sit, quod hic de quantitate stipulationis pœnalis Ulpianus scribit, in hac inspiciendum esse, quæ sit quantitas stipulationis. Nempe si hoc quæritur, inquam, an ipsa quantitas per se noceat, ac præter quantitatem ipsam, nihil aliunde obstet stipulationi.

Ad §. *In stipulationibus.*

In stipulationibus cum quæritur quid actum sit: verba contra stipulatorem interpretanda sunt.

SUMMARIA.

1. *De interpretatione ambiguæ stipulationis, remissive.*
2. *Stipulationis ambiguæ verba contra stipulantem interpretanda sunt, nisi eo modo futurum sit, ut stipulatio sit inutilis.*

1 Eadem definitio, quæ *L. cum quæritur, supr. de reb. dub.* de ejus sententia, et in universum de interpretatione ambiguæ stipulationis, vide quæ scripsi ad *L. ubi. eod. tit. de reb. dub.* Ex hac definitione efficiuntur illa, de quibus, *sup. ad L.* 12. 2 † Illud tenendum erit, regulam semper accipiendam esse cum hac exceptione, ut verba contra stipulatorem interpretanda sint: nisi contra eum interpretando futurum sit, ut stipulatio sit inutilis. Quod eum accidit, verba potius contra promissorem interpretamur: declaratur id exemplo *L. eum, qui calendis, infr.* quod huc debet referri.

Ad §. *Eum qui dicat.*

Eum qui dicat, *mihi decem, et Titio decem;* eadem decem, non alia decem dicere credendum est.

SUMMARIA.

1. *Stipulationem hanc: Mihi X. et Titio X. dare spondes? ambiguam contra stipulatorem interpretandam; ita tamen, ut solida X. non quinque mihi debeantur. Singularis auctoris contra omnes Interpretes sententia.*
2. *Stipulatione hac, Mihi X. et Titio X. dare spondes, si non obligatio, solutio saltem in Titium confertur.*

1 Qui ita stipulatur, *mihi decem, et Titio decem* dare spondes: eum, inquit Ulpianus, *eadem decem, non alia decem dicere credendum est.* Exemplum est regulæ superioris. Nam decem mihi, et Titio decem, ambigua oratio est: decem enim pluribus personis nominatim adscripta, possunt pro numero personarum sic accipi, ut alia atque alia intelligantur: possunt et hoc modo, ut intelligantur eadem: nihil enim prohibet eadem decem repetere, pluribus stipulari, ut fit in duobus reis stipulandi. Utrumque agi potest, et verba utramque admittunt significationem: ergo ex verbis quid acti sit, quæritur. Diiudicatur res ex regula superiore; cum eadem decem intelligi debere non alia decem Ulpianus scribit. Sic enim verba contra stipulatorem interpretamur: quippe utilius promissori est, et stipulatori inutilius eadem decem accipi, quam alia. Sed qua in re versatur hoc commodum promissoris, si existimentur eadem decem superioribus verbis in stipulatum deducta esse, non alia decem? aut ut in universum de re quæramus, sive hoc responsum ad superiorem regulam pertineat, sive non pertineat, quid refert in has stipulatione eadem decem, an alia intelligimus? nam si in jure nihil refert, quid est, cur laboremus? Et omnes interpretes consentiunt hoc loco id dici, quod tunc; cum stipulor mihi et Titio decem; nam et ibi respondetur, una decem communiter me mihi et Titio stipulatum videri. *L. eum, qui ita,* 56. *in prin. infr.* Hoc autem eo pertinet, ut efficiatur me in commune stipulatum esse ambobus decem; separatim autem mihi quinque, et Titio alia quinque; ac proinde cum frustra Titio stipulatus sim, non tota decem, sed sola quinque mihi deberi, *L. si*

mihi et Titio. 110. *infr.* Idem ergo et in hac specie volunt intelligi, cum stipulor non decem in commune; sed nominatim singulis decem, hoc modo: mihi decem, si Titio decem dare spondes? scilicet quia et hic eadem decem dicuntur stipulatione contineri, ut supra. Ego autem quomodo id possit defendi, non animadverto: decem enim solida me mihi stipulatum esse constat, et quidem soli ac separatim: non quinque tantum: cur igitur mihi illa ex stipulatione non debeantur? Quid enim dicemus? verba contra stipulatorem esse interpretanda? at hoc tunc locum habet, cum oratio est ambigua, et non satis aperte stipulator sibi cavit, cujus in potestate fuit verba late concipere, *L. cum quæritur. supr. de reb. dub. L. quidquid. infr. eod.* Hic autem nihil est ambigui, cum stipulor separatim et nominatim mihi decem, et Titio decem. Perspicuum est enim me solida decem stipulari singulis. Nec quidquam magis contrarium est, quam dici me singulis stipulatum esse tantum, quinque, et singulis nominatim stipulatum esse decem. In eo quod stipulator aperte sibi cavit, id sequimur, quod verba demonstrant, nec auditur promissor, si dicat se aliud sensisse, *d. L. quidquid,* illic. *nec rursum, infr. et L. non est ferendus, supr. de transact.* An metuemus exemplum illius stipulationis, cum stipulor communiter mihi et Titio decem; in qua placuit solum quinque mihi deberi? At hæc nullo modo recte comparantur. Cum enim stipulator mihi et Titio decem, salva ratione recti sermonis stipulatio sic accipi potest, quasi stipulatus sum duobus decem, sed in commune, id est singulis quinque, nam his quinque conjuncta decem efficiunt. Id cum verba admittant, et promissori prosit ita accipi; efficitur regula superiore, ut ita quoque contra stipulatorem accipi debeant. Itaque hujusmodi orationem ita passim acceptam videmus, ut summa aliqua pluribus personis adscripta, pro numero quoque personarum divisa intelligatur. *L. reos. §. 1. infr. de duo. reis stip. L. cui fundus, supr. de cond. et demon.* Cum autem stipulor non in commune, sed separatim mihi decem, et Titio decem; verba non fuerunt, ut singulis tantum quinque stipulatus videar: quoniam sunt hæc, ut dixi, contraria, stipulatum esse me singulis decem, et non esse stipulatum decem singulis, sed quinque dumtaxat. At enim ex eo, quod in illa stipulatione, mihi et Titio decem, dicuntur una decem contineri. *d. L. cum qui ita, infr.* effectum est me singulis solum videri stipulatum quinque: *d. L. si mihi et Titio. infr.* Recte hoc effectum est; sed in ea specie: ubi si decem alia non intelliguntur, sed eadem: necesse est decem in commune promissa non solida decem in persona singulorum intelligi, sed pro parte tantum, quia verba id patiuntur; et quod patiuntur, id admittendum est pro commodo possessoris, regula juris hanc interpretationem exigente. At non idem effici potest in proposito: quoniam etsi eadem decem continentur stipulatione: solida tamen sunt in singulis. Nec ratio sermonis, aut ulla æquitas patitur, ut qui aperte singulis decem solida sum stipulatus, dicar tantum quinque stipulatus singulis. Ne quis autem dubitet, cum dicitur eum, qui stipulatus est sibi decem, et Titio, decem videri eadem decem stipulatum esse: id non habere hanc sententiam, quasi dicatur stipulatorem quinque tantum singulis videri stipulatum, evidentissimo argumento duorum reorum stipulandi in ea sententia confirmari potest. In quibus hoc evenit, ut cum duo sibi decem solida separatim stipulati sunt, et ita hæc illis promissa, ut duo rei fiant; dicantur eadem decem in stipulatione versari, non alia decem: et tamen sic eadem ut constet hæc ipsa singulis solida deberi, non pro parte dumtaxat, *§. ex hujusmodi, Instit. de duo. reis stip.* Puto igitur in specie proposita, cum stipulor hoc modo, *mihi decem et Titio decem,* etsi dicuntur eadem decem contineri stipulatione: tamen mihi non quinque solum deberi, ut in illa stipulatione, mihi et Titio decem; sed deberi solida decem, quæ mihi separatim et aperte sum stipulatus; Titio nihil deberi, non quia eadem decem sint, quæ illi sum stipulatus; sed quia alteri stipulari non potuerim. Sed si hoc ita est, iterum quæro, quid prosit dici hic eadem decem contineri, non alia: cum etsi eadem intelligantur, non minus mihi debeantur in solidum, quam si ita expressissem mihi decem, et alia decem Titio dare spondes? pariterque ex utraque interpretatione nihil Titio acquiratur? † Et 2
dicendum est in acquisitione stipulationis seu obligationis decem nihil interesse: in facultate autem decem solvendi interesse, utrum eadem dicamus deducta in stipulatum, an alia. Nam alia atque alias in stipulatio deducta essent, non solum decem solida mihi deberentur: sed etiam ita deberentur, ut nec Titio, cui decem sum stipulatus, solvi possent: quippe cui non hæc decem stipulatus sim, sed alia: quæ cum nec mihi debeantur, cessante voluntate, nec Titio, repugnante jure: haud dubie indebita nulli solvi possunt: non est enim solutio, nisi ejus quod debetur.

Inst. quib. mod. tol. ob. in prin. Quod si eadem decem erunt, ut esse interpretamur; contra erit. Nam debebuntur illa quidem, mihi in solidum, et debebuntur soli non minus; quam supra: sed hactenus, ut et Titio, cui illa stipulatus sum, solvi possint etiam invito me, et promissor et solvendo liberetur: ut accidit, eum obligatione alicujus rei in persona mea consistente, solutio in alium confertur. §. *plone, Inst. de inut. stip. L. vero. infr. de sol.* Non enim dubium est, quin eadem decem, quæ mihi debentur, Titio stipulando si non obligationem, quod non possumus; at certe solutionem, quod licet, in eum conferam. Deinde his verbis mihi decem, et Titio eadem decem dabis potestatem saltem Titio solvendi promissor accipit: quam illi stipulator invito adimere non potest, *d. L. vero, infr. de sol.* ut verum sit, quod Accursius in glossa hujus loci Irnerium veterem interpretem existimasse refert, Titium in hac stipulatione adjectum videri, non aliter quam in stipulatus quis esset, mihi aut Titio dare spondes. Nam me movet, quod dicitur solutio conferri in extraneam personam, eum ita stipulor disiunctim, mihi, aut Titio dare spondes? §. *plone, Inst. de inut. stipu.* hoc enim exempli caussa dictum est in *d.* §. *plane.* ut verba ostendunt. Cæterum nihilominus et coniunctim idem effici potest, dum modo id servetur, quod de superiore disiunctione in eodem §. dicitur; ut scilicet mihi decem et Titio stipulando, totius summæ in stipulatum deductæ mihi obligatio acquiratur, et simul eandem illam alteri dari stipulef. Quod fit in hac specie, eum stipulor mihi decem nominatim, et separatim eadem decem Titio. Non obstat, quod cum stipulor disiunctim mihi aut Titio, fit promissori potestas alterutri solvendi, neque necesse est solvere utrique: cum autem coniunctim stipulor, mihi et Titio, necessitas imponi videtur promissori, ut utrique solvat; quoniam hoc quidem coninnetio, illud autem disiunctio exigit. *L. si quis ita stipulatus,* 129. *infr. eod.* Hoc enim dici oporteret, nisi constaret hic eadem decem deducta est in stipulationem. Nune eum sint eadem, non potest alia mens esse contrahentium etiam in hac coniunctione, quam ut uni ea præstando promissor liberetur: nempe utri volet: eum non sit expressum, utri daret, et quæ tacite insunt stipulationibus, ea sint in rei potestate, dummodo de eo non agatur, an debeat. *L.* 2. §. *Scævola, supr. de eo quod cer. lo.* Ex his apparet, etsi in specie proposita dicamus decem mihi solida deberi, non autem dividi inter me et Titium: tamen exemplum semper congruere regulæ superiori; quia sit ejusmodi, in quo eadem decem contineri interpretantes, ambiguitatem contra stipulatorem pro commodo promissoris interpretemur. Nocet enim stipulatori, decem quæ illi debentur, ipso invito alteri solvi posse; et promissori est commodum. Hoc autem ut possit fieri, superiore interpretatione efficitur.

Ad §. *Si Stipuler.*

Si stipuler alii, cum mea interesset: videamus an stipulatio committetur. Et ait Marcellus stipulationem valere in specie hujusmodi: is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione contutori suo; et stipulatus est rem pupilli salvam fore: ait Marcellus posse defendi, stipulationem valere; interest enim stipulatoris, fieri quod stipulatus est; cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit.

Hoc §. et seq. colliguntur exempla, quibus confirmatur utilem esse stipolationem ei, qui stipuletur alteri, cum stipulautis interest: similiter ut in §. *alteri, Inst. de inupt. stip.* qui locus expositus est ad §. *stip. supr.*

Ad §. *Si qui insulam.*

Si quis insulam faciendam promiserit, aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promisisset Titio fundum Mævium daturum, aut si is non dedisset, pœnam se daturum, stipulatus a Mævio fuerit fundum Titio datum iri: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem: Si quis ergo stipulatus fuerit cum sua interesset ei dari: in ea erit caussa, ut valeat stipulatio. Unde et si procuratori meo dari stipulatus sum, stipulatio vires habebit: et si creditori meo: quia interest mea ne vel pœna committatur, vel prædia distrahantur quæ pignori data erant.

SUMMARIA.

1. *Utilis actio in responso Ulpiani quomodo accipienda.*
2. *Lectio hujus §. correcta.*

1 Constat *habere eum utilem ex locato actionem.*) Cum stipulationem valere, cum vires habere et ante et infra scriptum sit, qua is cujus interest, stipulatur alteri: perspicuum est ex ea stipulatione Jure Civili esse actionem: idest directam, non utilem. quo sensu utilem directæ upponimus. §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* Merito autem ex hujusmodi stipulatione stipulaoti directa est actio, et Jure Civili. Is enim qui stipulatur alteri, quatenus ipsius interest, hactenus stipulatur sibi. ut docui ad §. *alteri, supr.* hoc vero unicuique per regulas juris licet facere. *d.* §. *alteri.* Id si in stipulatione recte dicitur: multo facilius admittemus in bonæ fidei judicio, puta locatione, ut si quis locaverit faciendum Mævio, quod ipse a Mævio faciendum conduxerat, is directam ex locato actionem adversus eum cui locavit, habeat: nihil enim magis congruit bonæ fidei, quam id servari, quod convenit. *L. ex empto. supr. de act. em.* et vero hanc esse actionem in hac specie, et quidem id constare scriptum est in *L. si cui, supr. loc.* Non debet igitur dubitari, quin hic utilem intelligere non debeamus, quæ non sit directa. Quid ergo, intelligemus cum cæteris efficacem? sed daturum est hanc significationem hoc loco admittere, nequesatis prudentiæ consideratî scriptoris, qualem esse Ulpianum scimus, convenit. Quorsum enim addere, utilem; cum si actionem ex locato esse concedas, non possit esse actio, quin sit utilis? nam ea, ex qua jus non est judicio persequendi actio non est. Dices non omnem actionem, quæ Jure Civili. idest, summo jure competat, continuo esse utilem; quia possit exceptione infirmari. Tit. *de except. Inst.* et ideo dictam hic actionem utilem, quæ nulla exceptione infirmari posset: Sed cur adderetur id hoc loco, nisi posset in proposito dubitari, an esset aliqua hic exceptio adversus actionem? atqui nulla exceptio in hac specie metui potest adversus eum qui petit quod sua interest, et petit ex conventione cum eo, quicum agitur, interposita. At enim locator locavit opus faciendum alteri, quod jus vetat. *L. quæcunque gerimus supr. de obl. et act.* Ista ratione non efficeretur exceptionem adversus actionem locati dandam; sed ipsam ex locato actionem non competere. Ut vel hac ipsa ratione sufficeret dicere actionem ex locato dandam: quia si actio esset Jure Civili, ut intelligi volumus, certum esset non posse eam exceptione summoveri. † Itaque mihi locus suspectus est, et pro 2 *utilem*, fortasse legendum est, *utrique*. Quod si fit, optime constabit sententia hoc modo: constat habere eum utrique ex locata actionem. Utique affirmantis particula, ut in *L. eum qui calendis, infr. eod.* pro citra omnem controversiam; ut hæc quoque sententia alibi pro explorata a Marcello habetur: idest, in *d. L. si cui, supr. loc.* Vel utique pro maxime, et præcipue: ut sit, maxime in hoc contractu, quem bonæ fidei esse constat. Si cui lectionem mutare non placet: dica-

mus sone, quod supra, utilem hic esse appellatam directam, quæ nulla exceptione possit impugnari. Ut tamen ita interpretationis fatendum sit, *utilis* verbum erroris obiiciendi caussa esse additum: cum, ut dixi, actione directa concessa, qualem esse hic fatemur, nulla fuerit dubitationis caussa cur propter aliquam exceptionem non deberet esse utilis. Nam utilem dici eam, quæ persequitur utilitatem nostram: Idest, id quod interest, inauditum est. Neque id utilis actio significat in *L. qui servum.* 96. *infr*, ut ibi dicemus.

Ad §. *Si quis ita stipulatus fuerit.*

Si quis ita stipulatus fuerit: *illum sistas?* nulla caussa est cur non obligatio constat.

De hac specie scriptum est diligentius et apertius in *L. quoties quis*, 81. *infr.*

Ad §. *Ædem sacram.*

Ædem sacram vel locum religiosum ædificari, stipulari possumus: alioquin nec ex locato agere possumus.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio de æde sacra et monumento ædificando valet.*

1 Ædem sacram, et locum religiosum nobis dari stipulari non possumus, *L. inter*, §. *sacram*, *infr. eod.* Sed ea res non facit: quominus et ædem sacram, et monumentum ædificari recte stipulemur; quod hic traditur. Prius enim non possumus, quia res hujus generis commerciis hominum exemptæ nobis dari non possunt. *L. si stipulor*, *supr. eod.* Posterius contraria de caussa possumus: quia deducitur id in stipulationem, quod et natura fieri potest, et jure licet facere. Ut enim ædificari ista possunt natura: ita ædificari non tantum jus patitur, sed etiam jubet: efficitur et hoc *ead. L. si stipulor.*

Ad L. *Dominus.* 39.

Paulus *libro XII. ad Sabinum.*

Dominus servo stipulando sibi acquirit: sed et pater filio, secundum quod leges permittunt.

Ad L. *Si filius meus.* 40.

Pomponius *libro XXVII. ad Sabinum.*

Si filius meus servo meo stipuletur: acquiritur mihi.

Quam utiliter dominus servo, pater filio: et contra quam utiliter servus domino, filius patri stipulentur, dixi ad §. *alteri*, *L. stipulatio ista*, *supr.*

Ad L. *Eum qui calendis*. 41.

Ulpianus *libro L. ad Sabinum*.

Eum qui Kalendis Januariis stipulatur, si adjiciat, primis, vel proximis: nullam habere dubitationem palam est. Sed et si dicat, secundis, vel tertiis, vel quibus aliis: æque dirimit quæstionem. Si autem non addat; quibus Januariis, facti quæstionem inducere, quid forte senserit: hoc est quid inter eos acti sit: utique enim hoc sequimur, quod actum est, easque adsumemus: si autem non appareat, dicendum est, quod Sabinus, primas Kalendas Januarias spectandas. Plane si ipsa die Kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? Et puto actum videri de sequentibus Kalendis.

SUMMARIA.

1. *Calendis stipulatum, proximis, non remotioribus, aut longissimis stipulatum videri.*
2. *Regula, Verba contra stipulatorem interpretanda. Item: in temporibus id servandum, quod est longius, quando locum non habeat.*

Qui stipulatur dari Calendis, siquidem certas dicit, dirimit omnem quæstionem. In re enim quæ ex consensu valet, semper id sequimur, quod actum esse apparet. L. semper in stipulationib. infr. de reg. jur. *L.*
1 *ubi. supr. de reb. dub.* † Sin Calendas tantum dicit, nec quidquam adiicit; placet hoc loco eum videri stipulatum Calendis proximis, non remotioribus, aut longissimis. Imo quam remotissimis stipulatus videri debet, dixerit aliquis. Primum quia oratio ambigua est, dari Calendis: quæritur enim, quibus. In ambiguis autem placet verba interpretanda esse contra stipulatorem. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus, supr. eod. L. quidquid, infr.* Deinde quia nominatim in hac ipsa caussa temporis, cum plura tempora verbis stipulationis comprehensa sunt, traditur servandum esse longissimum. *L. si ita stipulatus*, 12. *supr. eod. L. si ita stipulatus*, 419. *infr.* Bene Accursius, et alii vulgo, cum hoc ideo in specie hujus loci responderi dicunt, ne alioqui stipulatio sit inutilis.
† Res sic habet: quod dicitur verba contra 2
stipulatorem interpretanda: item in temporibus in servandum, quod est longius utrumque tamdiu verum est, quandiu contra stipulatorem interpretando, nihilominus stipulatio salva esse potest. Quod si futurum sit, ut sit inutilis: præcipitur alia regula juris id agendum esse, ut stipulatio in tuto sit: ut res valeat potius, quam pereat. *L. quoties in stipulationibus, infr. eod. L. quoties in actionibus, L. ubi. supr. de reb. dub.* Atqui in specie proposita hoc evenit, ut si longissimas Calendas jubemus expectari jubeamus expectari hujus mundi postremas; quod si sit, stipulatio plane sit elusoria. Quod si alias Calendas sequi debemus, quam postremas, nihil caussæ est, cur quartas sequamur potius, quam tertias; aut tertias potius, quam secundas. Exquo efficitur proximas sequi oportere, si quid stipulationem valere volumus.

Ad §. *Quoties autem in obligationibus.*

Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur: nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri: verum dies adjectus efficit, ne præsenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Idem in idibus etiam et nonis probandum est, et generaliter in omnibus diebus.

SUMMARIA.

1. *Quando quod in stipulatum deductum est, debeatur, et peti possit. ex stipulationis conceptione æstimandum.*
2. *Stipulatio omnis aut pure fit, aut in diem, qui sub conditione.*
3. *Pura stipulatio quæ.*
4. *Stipulatio in diem quæ*, et n. 11.
5. *Diem adjectum non tantum eum intelligi, qui aperte stipulationi est insertus, sed etiam qui inest tacite*, et n. 11.
6. *Stipulatio ex conditione rerum tacite diem et dilationem capit, idque aut ex re ipsa, aut loco ad dandum constituto*, et n. 8.
7. *Inter stipulationem fructuum, et stipulationem insulæ quid intersit.*
9. *Locus ad dandum constitutus aut contrahentium conventione, aut natura.*
10. *Difficultas dandi, qua promissor sine culpa sua distringitur, an spatium temporis similiter in re mobili promissa, ut in immobili, inducat.*
12. *Dierum duo genera, qui adjecti stipulationem in diem non conficiunt*, et n. 14.
13. *Incertus dies et in testamentis, et in stipulationibus conditionem habet*, et n. 23.
15. *Sub conditione stipulatio quæ.*
16. *Conditionalis stipulationis vis, et quid differat a stipulatione in diem*, et n. 53. 56.
17. *Conditio quid.*
18. *Conditio a casu seu eventu differt.*
19. *Conditionem duæ res, figura scilicet orationis, et casus faciunt*, et n. 21.
20. *Conditiones in præsens aut præteritum. collatæ vero conditiones non sunt.*
22. *Conditio interdum tacite inest stipulationi*, et n. 26.
24. *Incertus dies dupliciter dicitur.*
25. L. sub conditione, cum 2. seqq. supr. de cond. ind. *illustratur.*
27. *Res simpliciter promissæ interdum tacitam conditionem in se habent, ut fructus, operæ, dos.*
28. *Stipulantis persona quibus casibus tacitam stipulationi conditionem injiciat.*
29. *Regula de puris stipulationibus in hac L. ab Ulpiano tradita, ejusque exceptio quomodo sit accipienda.*
30. *Aliud diem poni in obligatione, aliud in obligatione diem inesse.*
31. *Debeo li verbum proprie et cum effectu hic accipiendum.*
32. §. ult. Inst. de inut. stip. *sententia expolita.*
33. L. promissor Stichi. §. 1. supr. de const. pec. *explicatur*. et n. 39.
34. *Stipulatio pura, an legitimam dilationem, quæ condemnatis datur, excludat.*
35. L. quod dicimus. *infr.* de sol. *restituta.*
36. *Cui debitori ab initio modicum tempus ad solvendum detur, et quod tempus*, et n. 38.
37. *Tempus stipulatione comprehensum, ante quod conveniri debitor non potest, differt ab eo, quod condemnato humanitatis caussa ad solvendum lege datur.*
40. *Dies adjectus debitori dilationem affert, ut ne ante eum diem solvere cogatur.*
41. *Die adjecto an obligatio simul et actio differatur*, et n. 44.
42. §. Appellantur, et §. Hodie, Inst. de except. *declarantur.*
43. *Obligatione in diem constituta, ante agi non potest, quam dies præterierit; secus in eo, qui hodie dari stipulatus est.*
45. *Ante diem, an omnino quid non debeatur, an vero ita debeatur, ut peti non possit, et stipulatoris et promissoris multum interest.*

46. *In diem quod debetur, etiam ante solvi potest, licet peti non possit.*
47. *Certa die promissum statim vel creditore invito dari posse: quæ sententia a veteribus. Interpretibus recepta contra quosdam ex Neotericis defenditur.*
48. L. Si soluturus, 39. infr. de sol. *declaratur.*
49. L. item, supr. de const. pec. *explicatur.*
50. *Diei adiectio in testamentis, stipulationibus, omnibusque aliis contractibus in re dubia pro debitore est, non pro creditore. Secus si aliud de mente testatoris, aut contrahentium probetur.*
51. *Dies creditoris caussa ad solutionem quando adiectus videatur.*
52. *Dies in hac disputatione qui intelligantur.*
54. *Conditione existente non jam primum obligatio incipere, sed retro versus eo tempore, quo res sub conditione contracta est, sine conditione gesta esse intelligitur.*
55. *Conditio qua in re dici certo similis, in qua dissimilis.*

1 Cum constat † stipulationem valere, inter cætera, quæ ad vim et potestatem stipulationis quæri solent, hoc est unum, quando debeatur et peti possit, quod in stipulatum deductum est, ut initio hujus tituli monuimus. Res, ut cætera omnia quæ ex consensu valent, posita est in voluntate et sententia contrahentium. Tum enim deberi oportet quidque, cum contrahentes deberi voluerint, et prout voluerint. Sed quoniam id voluisse intelliguntur, quod verba et conceptio stipulationis ostendunt: ideo in hac re, ut in aliis, revocamur, ad conceptionem stipulationis, jubemurque spectare, quid in stipulatione addatur, quod pertineat ad differendam obligationem, petitionemve, aut non addatur. Explicatur autem res tota hac divi iune. quæ
2 traditur in §. *omnes. Inst. eod.* † Omnis stipulatio aut pure fit, aut in diem aut sub conditione: quid horum fiat, aut significationem voluntatis, differendamque aut non differendam obligationem, multum interest: ideo de vi cujusque quæritur. Ac de vi stipulationis puræ, et ejus quæ in diem est, hic scribit Ulpianus, et de utraque specie hic dicam, quantum res et locus postulat. Et quoniam dici de his non potest, quin distinguatur ab his stipulatio conditionalis propter similitudinem, quæ illi cum obligatione in diem intercedit: necessario faciendum erit, ut de hujus quoque significatione et vi non nihil attingatur. Et sane cum de conditionali stipulatione, quid sit, et quæ ejus potestas, nusquam sub hoc titulo ex professo tractetur: et tamen ad tam multorum locorum explicationem, qui sub hoc titulo de hoc genere sunt, semel de eo dicendum sit: non video, ubi commodius de eo dicamus, quam in ea divisione, quæ hanc speciem continet: et cujus priores duæ species sine hujus tertiæ cognitione recte
3 percipi non possunt. † Pura stipulatio est, qua quid sine die et conditione promittitur: veluti quinque aureos dare spondes. *d. §.* omnis sic dicta: quia pura sit, idest, vacua ab iis rebus, quæ stipulationem seu obligationem differre solent. Quam ob caussam et qui ita stipulatur, dicitur simpliciter stipulari. *L. 1. §. si quis simpliciter. supr. eod.* nihil admiscens videlicet earum, quæ obligationis statum mutare consueverunt: ea sunt autem, dies et conditio. Quæ sint sine die et conditione stipulationes, ita intelligimus, si scierimus, quæ sint, quæ diem aut conditionem habeant. Itaque ut nihil esset aliud: tamen vel ad unam hanc speciem cognoscendam necesse esset hoc loco intelligi, quæ sint in diem, quæ sub conditione:
† *In diem est*, inquit Justinianus, *cum adiecto die, in quem pecunia solvatur, stipulatio fit.* Vera est et recta Justiniani definitio: sed verba diligenter animadvertenda: 4
alioqui multis modis ut vitiosa reprehenditur. † Et adjectum diem hic accipere debemus, non eum tantum, qui aperte insertus 5
est stipulationi; ut fit in exemplo apud Justinianum proposito; *veluti*, inquit, *primis Calendis Martiis dare spondes:* sed etiam qui inest tacite Inest enim interdum et stipulationi dies, *L. continuus. §. cum ita, infr. eod. L. 2. §. qui ita, supr. de eo, quod cer. loc.* ut dicitur inesse legato conditio in *L. 1. sup. de cond. et dem.* Nec minus ex eo die dilationem solutionis capit stipulatio, quam si verbis expressus esset. *L. interdum, inf. eod.* et ne quis hunc diem putet superioribus verbis definitionis non contineri, non minus et hic dicitur adjectus stipulationi. Nam et loco stipulationi inserto, ubi hunc diem inesse constat, dicitur tempus adjectum, tempus tacite comprehensum, quo promissor utatur ad pecuniam suo loco solvendam. *§. loca. Inst. eod. d. L. interdum, infr. eod.* Ergo nec minus in diem est hujusmodi stipulatio, si rem spectamus: etsi inspectis verbis stipulationis nonnunquam pura dicitur; ut *d. L. interdum:* scilicet quia pure fieri videtur; re vera non fit, ut scriptum est in *d. §. loca.* † Capit 6

autem hanc dicam et dilationem stipulatio ex conditione earum rerum, quæ stipulatione sunt comprehensæ: cum scilicet quod promissum est, per rerum naturam aut ipsum, aut eo modo, quo promissum est præstari non potest, quin aliquod temporis spatium prius antecedat. Id vero contingit aut ex re ipsa, quæ in stipulatum deducitur: aut ex loco ad dandum constituto. Ex re ipsa, cum fructus, et quæ postea nascentur, promittuntur; aut promittitur quid fieri. *d. L. interdum, in pr.* Natura enim hæc tempus desiderant, intra quod et fructus nasci, et opus, puta insula, quam quis se ædificaturum promisit, perfici possit. Ideo ex faciendi stipulatione placet non ante agi posse, quam tempus præteriisset, quo insula ædificari posset, *L. si ita stipulatus, 14. supr. eod. L. si insulam, infr. eod. d. L. 2. §. qui ita, supr. de eo*
7 *quod cer. lo.* ÷ Sed inter stipulationem fructuum, et stipulationem insulæ hoc interest, quod stipulatio fructuum, seu eorum quæ postea nascentur, non tantum diem, sed etiam conditionem habet, si fructus nascentur; atque his non natis nihil debetur. *L. 1. in fin. supr. de cond. et dem.* stipulatio insulæ diem et tempus dumtaxat, intra quod insula possit fieri; quo transacto adversus promissorem agi potest; et quidem tunc solum cum insulam non ædificaverit. *d. L. 14. supr. et L. si insulam, infr.* Merito: est enim in potestate promissoris ædificare insulam: quod si non fecerit, jure ejus negligentia et cessatio plectitur. Idque ipsum ut fiat, actum est; alioqui inanis futura est omnis faciendi stipulatio; utpote ex qua si non feceris, quod promisisti, nullo modo tenearis. In rebus autem, quas quis dari aut tradi promiserat, ac non tantum in fructibus hoc solum spectatur, an res sint, quæ natura præstari possint. Quod si non possunt, nihil debetur: *L. si stipulor. supr. eod.* quia non sit in potestate promissoris efficere, ut sint. Impossibilium vero nulla est obligatio. *L. impossibilium, infra. de reg. iur.* Intra quod tempus res quæque nascantur, in natura positum est non hominum æstimatione. Id tempus erit, quo natura rem talem edet, qualem stipulanti sumus. Quanto autem tempore opus sit ad insulam ædificandam, et quodvis opus faciendum, constat hominum arbitrio. In quo æstimando quid recte et ex officio boni viri spectandum videatur, docet Venuleius in *L. continuus. §. item qui insulam, infr.*
8 ÷ Ex loco stipulationi inserto eadem dilatio est; idque natura efficit. Qui enim Ephese daturum promisit, cum Romæ esset non potest per rerum naturam Ephesi dare prius quam tantum temporis præterierit, intra quod Ephesum possit perveniri, *d. §. loca. Inst. eod. d. L. interdum, infr.* qua in re quoque quod tempus accipi debeat, eleganter tractat idem Venuleius in *d. L. continuus, §. cum ita, infr.* ÷ Sed constituitur locus ad 9
dandum, ac per locum dies, non tantum contrahentium conventione, ut supra: sed etiam natura. Quod fit, cum fundus, aut res aliqua immobilis in stipulatum deducitur. Quia enim hæ res certo loco continentur, ac loco moveri non possunt, natura hoc evenit, ut alio loco tradi non possint, quam in quo sitæ sunt: hujusmodi impedimentum sua sponte adfert dilationem auctore Venuleio in *L. continuus, §. illud, infr. eod.* et ideo quod de quavis re nominatim Carthagini promissa traditum est in *§. loca. Instit. eod.* idem de fundo simpliciter promisso scriptum est in *§. ult. Inst. de inutil. stip.* de hoc videlicet agi non posse nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit. ÷ An de Sticho, et alia 10
re mobili promissa idem dicendum sit, et an omnino difficultas dandi, qua promissor sine culpa sua distringitur, spatium temporis similiter inducat, quæsitum est. Et placuit hæc non esse in eadem caussa. *d. L. continuus. §. illud. infr. eod.* cui dissentire videtur idem *§. ult Inst. de inut. stip.* Sed de eo diram paulo post, cum de jure stipulationis puræ agetur. ÷ Ergo in diem est 11
stipulatio, quæ diem adjectum habet, non tantum eum, qui aperte adjectus sit, sed etiam qui tacite, et qui natura rerum insit stipulationi: non tamen quæ omnem diem habet adjectum: sed quæ habet eum, quo pecunia solvetur, ut definitione expressum est. ÷ Hac circumscriptione duo genera die- 12
rum removentur: tot enim sunt eorum qui non adjiciuntur ideo, ut his pecunia solvatur. Unum est eorum, qui adjiciuntur quidem differendi caussa, sed differendi obligationem, non solutionem: alterum eorum, qui nullius omnino præstationis differendæ gratia adjiciuntur. Primum genus est diei incerti. Dies duplex est: certus, ut Calendis proximis decem dabis? et incertus, ut cum veneris, aut cum aliquid factum erit. *L. stipulatio ista, §. inter, supr. eod* Certus si differendi caussa est (nam hodiernus hac gratia adjici non putatur: de quo mox) adjicitur, ut eo die pecunia solvatur; ut solvatur, inquam, non ut debeatur: debetur enim eo ita adjecto pecunia etiam ante diem: sed solutio in diem differtur. *L. centesimis, infra eod.*
÷ Incertus conditionem habet non tantum 13
in testamentis, ut est in *L. dies, supr. de*

con. et dem. sed etiam in stipulationibus. *L. quodcunque*, §. *non solum*, *infr. eod.* Ideo intelligitur adiici, non ut eo solvatur pecunia; sed ut ex eo debeatur. Similiter ut in conditione accidit: qua adjecta ante nec peti potest, nec debetur quidquam. *L. cedere*, *infr. de verbor. signific.* Illum igitur diem definitio notari voluit: hunc excludi. Et res ita habet: in diem stipulatio esse dicitur, quæ est in diem certam: quæ vero in diem incertam fit, ea sub conditione est; eoque non dicitur in diem. Non quod dies incertus, dies non sit; sed quia more loquendi auctoribus juris usitato in diem dicitur, quæ est in diem tantum, nec præter diem conditionem habet ad differendam obligationem. Quod contra fit, in stipulatione in diem incertam concepta: quæ diem habet illla quidem, sed præter diem conditionem, a qua æstimatur, et ex qua ut præcipua parte nomen accipit. Ideo etiam ad sequens genus stipulationum conditionalium refertur. Sic dicuntur in usu juris obligationes consensu contrahi, quæ contrahuntur consensus solo. Tit. *de obl. ex cons. Instit.* Sic cognati, qui cognati tantum sunt, non etiam agnati. *L. Jurisconsultus*, §. 1. *supr. de grad.* Tametsi verum est cæteros contractus non minus constare consensu: *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* et agnatos etiam cognatos esse. *d. L. Juriscon. L. penult. supr. unde leg.*

14 † Secundi generis sunt, hodiernus dies; anni plures stipulatione, vel legato annuo comprehensi: et dies, ad quem usque placet pecuniam deberi. Cum stipulamur hodie dari, placet præsentem esse obligationem: quia hodiernus dies magis admonendi et accellerandæ solutionis caussa adjectus sit, quam differendi. *L. liber*, §. 1. *infr. eod.* In legato annuo, et stipulatione annua placet initio ejusque anni peti posse, quia non sit obligatio in diem; et ideo non sit, quia hic anni plures adjiciantur multiplicandæ præstationis caosa, non præcedentis differendæ *L. seq.* Aperte autem illa stipulatio non est in diem, cum promittitur quid ad diem: veluti, usque ad annos decem, aut quoad vivam: quia dies non differendæ obligationis caussa adjicitur, sed constitutæ finiendæ. *L. obligationum fere*, §. 1. *supr. prox. tit.* de quibus amplius dicendum erit ad *L. seq.* Quæ omnia effici apparet illis verbis definitionis supra scriptæ, *adjecto die, quo pecunia solvatur.* Atque his generibus remotis quæ in diem stipulationes sint, quæ non sint, quantumvis diem insertum habeant,

15 non erit obscurum. † *Sub conditione stipulatio fit*, inquit Justinianus, *cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio*, §. sub conditione. *Inst. eod.* His verbis non solum docet, quam vim habeat stipulatio sub conditione concepta; sed præcipue quid sit, conditio, ex quo deinde intelligatur, quæ sit ea vis hujus stipulationis, quidque differat a stipulatione in diem.

† Vim quidem hanc esse ostendit, quod hic obligatio differtur in casum: quo non discernitur stipulatio in diem concepta ab hac stipulatione. Habet utraque hoc commune, quod pariter utraque differtur obligatio in aliquod tempus: unde die adjecto dicitur Paulo incipere obligatio ex die. in *L. obligationum, fere, in princ. supr. de obl. et act.* Hoc distant, quod quæ diem habet, differt obligationem in diem: quæ sub conditione sit, differt in casum. Ne autem sit dubium, quid sit, casum. Ne autem sit, dubium. quid sit, quod dixerat Justinianus. *cum in aliquem casum differtur obligatio:* docet sequentibus verbis sic eam in casum differri, cum aliquid promittitur, ita, ut committatur stipulatio id est, ut promissum inciperet deberi, si aliquid factum fuerit, vel non fuerit: et in summa cum promittitur aliquid adjectis his verbis, *si aliquid factum fuerit, vel non fuerit.* Sed præcipue hac descriptione tota expressit, quid esset conditio: Nam si quid promittatur ea oratione non adjecta, quæ rem in casum differt; constat stipulationem non esse sub conditione: ea adjecta, stipulationem sub conditione esse dicimus; nempe propter conditionem, quæ hac adjectione exprimitur. Nisi enim exprimeretur, non ideo stipulatio esset sub conditione. Itaque non obscure innuit, † conditionem esse orationem, quæ obligationem differt in casum: concipi autem his verbis, *si quid factum erit, vel non erit.* Ergo quia hujus cognitio ad omnem quæstionem de conditionali tum stipulatione, tum contractu, tum suprema voluntate explicandam necessaria est, et de hujus definitione non convenit inter interpretes: age, sumatur ex hoc loco, quid sit, et ex eo controversia dirimatur: dicamusque in universum conditionem, esse orationem, quæ stipulationem, conventionem, legatum, affirmationem denique omnem nostram, cui adjicitur, suspendat in incertum aliquem eventum. Dixi, quæ suspendat stipulationem, non obligationem cum Papiniano in *L. cum ad præsens, supr. si cert. pet.* Non quod non recte dicatur differri obligatio conditione, sed quia prius suspenditur ipsa stipulatio conditione: unde nascitur et dilatio ac suspensio obligationis. 16 17

Licet etiam definire hoc modo, ut sit adiectio hujusmodi, si quid factum fuerit, vel non fuerit, cujus facti eventus ex casu pendeat. Ex quo apparet conditionem non esse casum, aut eventum, aut Bartolos definivit
18 in *L.* 1. *supr. de cond. de demonstr.* † Conditio quidem omnis casum habet: sed non est casus; tantumque inter conditionem et casum interest, quantum inter rem quæ differt, et rem, in quam differtur obligatio. Conditio suspendit obligationem; casus est, in quem obligatio confertur, *L. non omnis, supr. si cert. pet.* Sed quid contineat superior definitio consideremus; ut hoc cognito, ubi stipulatio quæque habeat conditionem, facilius
19 animadvertere liceat. † Et ex ea intelligimus duas res facere conditionem; figuram orationis, et casum: sed casum maxime. Forma conditionis est hæc, si dederis, si Titius in Capitolium ascenderit, si navis ex Asia venerit: aut contra si non dederit, et similia. *d.* §. *sub conditione, Instit. eod.* neque vero aliter exprimitur conditio, *L. si Titio, supr. quan. de leg. eed.* Nam quod dicitur diem incertum conditionem facere, quomodo accipiendum sit, paulo post dicemus. Sed nihil ad rem facit forma conditionis, nisi ea conceptio res differtur in casum; quo verbo et futurus eventus significatur, et incertus.
20 † Hinc conditiones quæ in præsens, aut præteritum conferuntur, quia rem non differunt, verbo conditiones dicuntur, quia conditionis speciem referunt; re vera non sunt conditiones, ut quæ conditionis potestatem non obtinent. *L. cum ad præsens, et L. itaque, supr. si cert. pet.* de quibus in *L. con-*
21 *ditio, infr.* † Sed etsi forma conditionis expressa, res in futurum differetur: non tamen erit conditio, nisi differetus res in casum, idest, incertum eventum, et ideo si quis stipuletur hoc modo, si tres ab hinc anni præterierint, dabis? in diem erit stipulatio, non sub conditione; quia utrumque certum, et debitum iri, et quando dabeatur. *d. L.* 1. *supr. de cond. et demonstr.* Ergo in quibus stipulationibus hæc duo adjecta sunt, hæ sunt sub conditione: in quibus non sunt adjecta, non sunt sub
22 conditione, nisi conditio tacite inerit. † Sed quod in stipulatione in diem fieri diximus, hoc idem evenit circa conditionem, ut et hæc interdum tacite insit stipulationi. Ac primum convenit inter omnes, si ita stipuler, cum veneris, dabis, aut cum Titius annorum quatuordecim factus erit, stipulationem sub conditione contractam videri; ut et legatum hoc modo relictum esset conditionale. *L. si Titio, supr. quan. di, leg. ce.* † Quod enim traditur diem in- 23
certum conditionem in testamento facere, *L. dies, supr. de cond. et demonstr.* etiam ad stipulationes pertinet. Neque enim vis diei incerti mutatur stipulatione. Inde dictum, nihil interesse, utrum ita stipuler. Si veneris, an Cum veneris; Si morieris, an Cum morieris. *L. quodcunque,* §. *non solum, infr. eod.* Hoc eo fit, non quod dies incertus sit conditio, aut contra; sed quia ut in conditione dies incertus; sic in die incerto inest conditio, efficiente hoc natura et conjunctione earum rerum, quæ inter se ita sunt conjunctæ, ut separari non possint, unde eveniat, ut una posita simul necesse sit statim atque intelligi alteram. Nam cum dico si veneris; his verbis factum tum significo, non tempus, quo facis. Neque vero quisquam dubitat, quin longe aliud sit, quod facis, et tempus quo aliquid fit: sed quia non potes facere, nisi certo tempore, ac si venisti, necesse est te certo tempore venisse; ideo per conditionem vi ipsa tempus demonstratur, ut est in *d. L. si Titio, quan. di. leg. eed.* tametsi factum, quod conditio solum exprimit, non sit tempus. E Converso, cum dico, Dabis cum veneris: hac adjectione, Cum veneris, tempus designo, quo veneris. Sed quia non potest hoc tempus esse nisi prius veneris, et an aliquando venias, ex casu pendeat; ideo naturæ ordo et series exigit præcedentem hanc conditionem, si veneris; atque hoc modo per tempus demonstratur conditio, ut ibidem Pomponius scribit, idest, in *d. L. si Titio,* Verum est tamen, quod sujicit: *utrobique tamen eadem conditio est:* necesse est enim eandem esse re vera, sive exprimitur, sive intelligitur. Sed tamen non minus verum est eam in die incerto intelligi non exprimi. Sed quoniam sive exprimitur conditio, sive per tempus demonstratur, utrubique diem incertum esse oportet, ut sit conditio: pertinet ad utramque quæstionem de conditione et die incerto quærere, quem hic incertum diem vocemus. † Nam incertus duobus modis dicitur. 24
Non enim is tantum dicitur incertus, quem vere talem esse constat, de quo plane incertum est, an extiturus sit, nec ne: quales sunt omnes qui in casum conferuntur; sed etiam is, quem venturum esse certum est; sed quando venturus, incertum; qualis est dies mortis. Et priorem quidem ubique conditionem facere convenit; *d.* §. *sub conditione, Inst. eod. L. si Titio, quan. di. leg.* nisi sicubi ex sententia contrahentium dies incertus sic accipitur, ut non differendæ obli-

gationis caussa additus videatur, sed magis invitandæ et accelerandæ solutionis gratia: ut accipitur hæc adjectio, cum petiero, in in hac stipulatione, Decem cum petiero, dabis? *L. si decem*, 48. *infr. eod.* De posteriore sic jus est. ut in testamentis dies mortis sit dies incertus, et conditionem habeat: veluti, heres meus, cum morietur, decem dato, *L.* 1. §. 1. *supr. de cond. et dem.* In stipula-
25 tionibus et aliis obligationibus contra: † in quibus de die incerto ita scriptum est in *L. sub conditione, supr. de cond. indeb.* quod sub incerto die debetur, ante diem solutum non repeti die existente. Quod sic interpretandum est si existat dies, idest, si sit is dies, quem certum sit existere postea. Nam et de conditione ipsa ita traditur in *L. quod si eo*, quæ proxime sequitur *eod. Tit.* si quid ea conditione debeatur, quæ omni modo exstitura est solutum repeti non posse. Bene Accursius in *L. nam si cum eod. tit. de cond. ind.* differentiam rationem ex eo esse scriptis. quod spes conditionalis stipulationis ad heredes stipulationis transmittitur: *§. ex conditionali, Inst. eod.* spes legati conditionalis non item ad heredes legatarii. *L.* 5. *supr. quan. di leg. eed.* Hoc enim jure posito, consequens est diem mortis in stipulatione habere talem conditionem, quam certum sit omnimodo exstituram: neque id frustra; quia sive existet vivo stipulatore, pecunia debebitur ipsi stipulatori; de quo nemo dubitat: sive existet eo mortuo, tamen nihilominus debebitur stipulatoris heredibus. Hæc de die incerto: cui etsi deest forma conditionis, vi tamen ipsa conditionem in se
26 inclusam habet. † Sed etsi in stiplatione neque forma conditionis ulla, neque dies incertus sit adjectus id, est, nihil ex iis, quibus constat conditio; tamen interdum inest conditio stipulationi *natura* aut *jure* ita exigente: idque accidit alias ex re ipsa quæ in stipulatum deducitur; alias ex stipula-
27 tis persona. † Res promissa habet conditionem, cum fructus, et quæ postea nascentur promittuntur, ut jam ante ostendimus: inest enim hæc conditio natura. Si nascentur. *L.* 1. *in fin. supr. de cond. et dem.* Ejusdem generis sunt operæ, quas patronus stipulatur a liberto, quæ debentur hac conditione, si fuerint a patrono indictæ *L. interdum, infr. eod* quod de operis officialibus seu incertis, non de certis et fabrilibus, accipiendum esse docemur in *L. quoties, supr. de op. lib.* Etsi autem in ea L. dicitur ideo expectari, dum operæ indicantur, quia id agi videatur inter patronum et libertum ut id fiat: et agi ideo quia ex commodo patroni libertus operas edere debeat, quæ omnia significant conditionem hanc ex conventione tacita contrahentium nasci magis, quam ex operarum natura: tamen non eo minus vere dicitur ex ipsarum operarum natura superiore conditionem inesse, *Si fuerint indictæ.* Initium enim conditionis assumendæ ex operarum conditione nascitur. Promittuntur operæ, indefinite, et incertæ; earum natura hæc est, ut sint stipulanti inutiles, si libertus, quas volet, ubi, et quando volet, patrono exhibebit. Hæc natura locum dedit conjecturæ voluntatis, ut existimetur id agi, ut pro commodo patroni, ac proinde ab eo indictæ incipiant deberi, ne stipulatio sit inutilis. Quandoquidem in dubiis placet sic stipulationem accipi, quo res de qua agitur, magis valeat, quam pereat. *L. ubi L. quoties in supra, de reb. dub. L. quoties. in infra eod.* in primis vero naturam operarum hanc conditionem inducere ostendit Caii ratio de hac conditione in *L. cum patronus, supra, de oper. libert.* qui hanc ideo inesse dicit, quod cum operæ incertæ promittuntur a liberto, promittatur officium patrono. Absurdum autem sit alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui præstandum est. Scilicet, quoniam est officium, nisi quod ex voluntate et commodo accipientis præstatur. Eadem conditio est promissæ dotis. Hæc natura sua sine matrimonio esse non potest. *L.* 3. *supra, de jur. dot.* ideirco dotis stipulatio quamvis simpliciter promissæ semper hanc conditionem habere intelligitur, Si nuptiæ fuerint secutæ. *L. stipulationem, supra, de jur. dot.* † Ex 28
stipulantis persona injicitur stipulationi conditio, cum servus stipulatur aut hereditarius, aut ejus, qui est apud hostes. Illic quidem si hereditas adita fuerit; hic autem, si dominus ab hostibus redierit, aut si illic decesserit. *d. L. interdum, §. si servus, infra eod.* De servo ejus, qui est apud hostes, nulla dubitatio: hic enim servus. quandiu dominus servus est hostium, nullum dominum habet. Servus autem ex persona tantum domini stipulandi jus habet. *Inst. de stipulatione ser. in princ.* Is quidem qui apud hostes est, si redierit, postliminii jure perinde habetur, quasi nunquam captus esset. Sed interim tamen status ejus est in pendenti; *§. cum ab hostibus. Inst. quib. mod. jus pat. po. sol.* quapropter et interim stipulationem servi ejus in pendenti esse necesse est, unde conditio. At de hereditarii servi stipulatione, num et hæc quoque conditionem habeat. *Si hereditas adita fuerit*, merito dubitari potest. Nam si servi hereditarii dominus quæritur, ex cujus persona servus stipulandi jus habeat: hereditas id præstat servo: quæ pro domino

habetur, sustinetque personam non heredis, sed defuncti. Ex quo etiam receptum est, ut quidquid servus hereditarius stipuletur, quidquid acquirat, id hereditati acquiratur. *L. in eo, §. ult. et L. seq. L. hereditas in multis. supra. de acqui. rerum do.* Sed etsi hæc vera sunt: non obstant tamen, quominus recte dicatur stipulationem sed hereditarii conditionem habere, si hereditas adita sit. Ipsa acquisitio stipulationis conditionem non habet: acquiritur enim illa hereditati, et statim: sed quæ acquiritur stipulatio, ipsa habet conditionem, si adeatur hereditas: propterea quod ante, quam aliquis exsistat heres, neque ex stipulatione agi potest, ubi nemo est qui agat: neque a promissore solvi, ubi non est creditor, qui accipiat: quæ duo propria sunt conditionalis stipulationis.

Quæ sit pura stipulatio, quæ in diem, et quæ sub conditione, diximus: prius enim genera ipsa poni et notari oportuit. Nunc de jure singulorum videamus. De pura stipula-
29 tione sic hoc loco scriptum est: ✝ Quoties in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur: nisi locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Stipulationes quæ locum habent, excipit Ulpianus; quia loco adjecto dies inest natura rei, ut supra ostendimus. Quomodo autem diem habeat stipulatio, nihil interest; an quod nominatim adjiciatur, an quod extrinsecus veniat. Sed an non videtur inepte a regula excipi, dicat quispiam, quod etsi exceptum non esset, verbis regulæ non contineturi? Nihil ineptius; ut si quis libros suos leget, exceptis scamnis, quæ sunt in bibliotheca: quasi metuat, ne librorum appellatione scamna contineantur, nisi fuerint excepta. An non igitur id videtur fieri in hac exceptione, ubi regula concepta est de his obligationibus, in quibus dies non ponitur: excipiuntur autem hujusmodi stipulationes, in quibus dies est adjectus, etsi non exprimatur?
30 Minime: ✝ quia aliud est Ulpiano diem poni in obligatione, aliud in obligationem diem inesse. Diem in obligatione poni intelligit, cum a contrahentibus ponitur, non a rerum natura: cum ponitur aperte et principaliter, non per consequentiam; denique cum exprimitur dies, non intelligitur. Quo sensu si quibus in obligationibus dies tacite inest, sunt ejusmodi, ut in his non dicatur Ulpiano dies positus in obligatione: non enim est positus verbis stipulationis, non a contrahentibus. Proinde et hujusmodi obligationes sunt, quæ ut verbis continentur definitionis propositæ, ita recte excipiantur, si jure et sententia definitionis eas non contineri volumus. Sed si hæ excipiendæ sunt, in quibus locus adjectus inducit spatium temporis: cur has solas excipit; cum et loco non adjecto multis modis accidat, ut dies tacite insit stipulationi, nec minus stipulatio ex re ipsa capiat dilationem, ut supra ostendimus? *L. interdum, infr.* Et quod circa æstivorum hibernorumque saltuum possessionem scriptum est in *L. 1. §. quod vulgo, supr. unde vi*; idem de loco adjecto hic dicendum est, exempli scilicet caussa de eo dictum esse, ut intelligeremus idem de omni re stipulationi inserta, quæ a natura spatium temporis desideraret. Ergo exceptione cum definitione conjuncta hoc vult Ulpianus intelligi, si qua ratione stipulatio diem habeat, non statim deberi pecuniam, sed diem exspectandum esse, sive is erit, qui sit adjectus nominatim a contrahentibus: sive is, qui insit tacite. Quod si nullum diem habebit stipulatio, tum vere præsentem esse stipulationem, et præsenti die pecuniam deberi. Idem in *L. in omnibus, 14. infr.* de
reg. jur. ✝ *Debendi* verbum proprie, et cum 31
effectu accipiendum est, ut et toto hoc loco positum est ab Ulpiano. Non enim intelligit pecuniam ita tantum deberi, ut cesserit quidem debendi dies, sed nondum possit peti, quod et in obligationibus in diem accidit: *L. centesimis, infr. eod.* sed ita deberi, ut et peti possit. Quomodo et debitor definitur is, a quo invito pecunia exigi potest in *L. debitor, infr. de verbor. signif.* Nempe de hac specie jus aliis locis diserte comprehensum est, ex pura stipulatione, et ea quæ diem ad solvendum non habeat, pecuniam confestim peti posse. *§. omnis. Inst. eod. L. cum, qui ita §. qui ita stipulatur, decem, infr. eod.* Item, ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessisse, et venisse diem: idest, et cœpisse deberi pecuniam, et venisse eum diem, quo pecunia peti possit. *L. cedere, infr. de verbor. signific.* Sed huic sententiæ duo genera locorum opponuntur. Unum est eorum, in quibus de quibusdam caussis velut conceptis verbis contra scriptum est, confestim nimirum seu continuo agi non posse: quamvis obligatio, ut videtur, diem non habeat. Hoc enim de pecunia constituta diserte traditum in *L. promissor Stichi, §. 1. supr. de const. pec.* de fundo autem et homine promisso item diserte scriptum in *§. ult. Inst. de inut. st p.* Alterum est eorum, in quibus non negatur quidem aperte statim agi posse: sed id dicitur, quod eandem vim habere videtur; nempe promissorem non statim solvere cogendum esse; sed ei modicum tempus ad eam rem dandum. *L. quod*

dicimus, infr. de solut. L. si debitori, supr. de jud. in quibus ipsis auxit difficultatem ejus temporis explicatio: propterea quod de eo varie scriptum videtur in *d. L. si debitori, L. promissor, §. 1. de con. pec. et d. §. ult. Inst. de inut. stip.* De his hoc habeo, quod breviter et in summa respondeam; esse eos locos ejusmodi, quibus admoneamur, quomodo superiorem sententiam interpretemur: cæterum nullum eorum ei sententiæ adversari. Nam prioris generis locos proponere eas caussas, quæ diem adjectum habeant vel natura rei promissæ, vel jure, quo de his caussis obligatio constituitur. Posteriores autem locos dare debitori dilationem legitimam, quæ condemnatis dari solet; eam esse ejusmodi, quam nulla obligatio, nulla actio quantumvis præsens, imo ne condemnatio quidem excludat. Hæc summatim di-
32 cta sigillatim explicanda sunt. † Ac fundo promisso, de quo agitur in *d. §. ult. Instit. de inut. stip.* aio idem, quod supra, locum tacite promissioni inesse natura; cum scilicet, ubi fundus situs est: quoniam natura alio loco fundus tradi non possit, de eo autem tradendo agatur; et quia inest. locus, etiam per locum diem inesse, intra quem eo possit perveniri: sicut evenit in obligationibus omnibus in quibus locus comprehensus est, *§. loca, Inst. eod. L. interdum, infr. eod.* Non mirum igitur, si Justinianus dicit non ante hic posse agi, quam tempus prætereierit, quo traditio fieri potuit. Hoc enim dicit, ante diem, qui stipulationi inest, agi non posse; ut et supra scriptis in locis de loco stipulationi adjecto traditum legimus. Nam qui *§. ult. Inst. de inut. stip.* sic interpretantur, ut dicant fundo promisso statim ex ea stipulatione jure agi posse; sed legitimum tempus ad præstandum dari, quo fiat, ut non videatur fundus peti posse, qui exigi non potest, quæ vulgaris interpretatio est: hi refelluntur primum verbis, quæ aperte continuo agi posse negant; agi, inquam, ac non solum exigi: deinde exemplo cæterarum obligationum, in quibus stipulatio ex re ipsa dilationem capit. Quantum autem intersit, utrum ab initio actio non detur jure ante certum tempus; an vero detur quidem statim, sed adversus exactionem detur debitori legitima dilatio, postea dicemus. Etenim non de fundo tantum Justinianus scribit in *d. §. ult. de inut. sti.* sed de homine etiam promisso, puta Sticho; quem quidem constat natura esse posse in eo loco, ubi promittitur, atque ibi tradi; ut si alibi sit, coque eum præstare promissor non possit, non impedimento naturæ adscribendum sit, sed promissoris inopiæ, cui hæc facultas defuerit. Ideo et de eo statim agi posse Venuleii sententia est in *L. continuus, §. illud, infra, eod.* quam et adversus dubitationem aliorum, quæ ex eo, quod species una quamvis mobilis pluribus locis esse non potest, incidere poterat, bonis argumentis confirmat. Et non nego, si quis talis sit servus, qui non prohibeatur esse in eo loco, ubi promissor eum dare debet, confestim de eo agi posse juxta Venuleii sententiam, in eoque verum esse, quod vulgo dicitur, si de eo eum promissore agatur, dandum esse illi tempus, quod sit satis ad eum tradendum: sed hoc verbis Justiniani non convenit. Quid ergo, alium hominem Stichum intelligere possumus? Sane vero possumus, et apud Justinianum in *d. §. ult.* debemus. Demus eum servum promissum esse, qui sit in hostium potestate, qui ob id neque apud promissorem, neque apud alium quemvis natura esse possit: demus eum promissum, qui conditione servitutis in eo loco esse non possit, ubi promissus est: finge enim hac lege venditum, ne illic moretur: quam legem in mancipiis adjici solitam, et servari constat. *L. 1. 2. et 7. supr. de ser. exp. L. ult. C. si ser. exp. ven.* Sunt hi omnes in ea caussa, ut vel natura vel jure loco moveri non possint, non magis quam fundus: et si hos promissor alio loco tradere non potest, quam in quo sunt, natura impediatur potius, quam suo incommodo; quoniam neque ipse, neque alius posset alio loco tradere. Quapropter vel auctore Venulejo officiet hoc impedimentum, ne ante promissor teneatur, quam aut captivus per rerum naturam ab hostibus recipi, aut qui alicubi morari ex lege venditionis debet, ibi tradi potuerit. De hujusmodi homine promisso, qui in facultate traditionis recte eum fundo comparetur, Justiniani illam sententiam, quæ exstat in *d. §. ult. de inut. stip.* accipere debemus. At quemadmodum de fundo, ita et de homine promisso generaliter loquitur Justinianus; neque ad istos homines, quorum exempla rara sunt, definitionem revocat. Ita est. Sed quod generaliter initio proponitur, id ex sequentibus definitionis verbis temperandum est. Ait enim non posse de fundo et homine promisso continuo agi, nisi spatium præterierit, quo traditio fieri possit. Hoc, *possit*, sic accipimus; quo possit per rerum naturam, non pro commodo privato suo, aut personæ facultate. Primum quia sic impedimentum præstationis facit, ne statim teneatur promissor, si est naturale, *d. L. continuus, §. illud, infr.* Deinde quia

hunc traditionem, quæ natura fieri possit, intelligimus, cum de fundo agitur. Quo fit, ut et de homine promisso eandem traditionem intelligere debeamus. Hæc enim verba, *quo traditio fieri possit*, communiter et ad hominem initio propositum referuntur: est autem in fundo id quod natura fieri potest, declaret; in homine autem id quod potest et natura et pro commodo promissoris. arg. in *L. 4. §. 1. sup. de vulg. et pup sup* Hæc de fundo, et specie certa dicta sunt, cum quæritur quando de his promissis agi possit: in quibus sententia §. *ult. Inst de inut. stip.* est exposita. Quod ad constitutum attinet, idem aio non minus. et in hac obligatione diem inesse edicto Prætoris, quocunque tandem modo pecunia fuerit constituta. Ut non sit mirum, si ante eum diem pecunia peti non possit. Neque enim id dicimus, hic quidquam sit omnino, quod definitioni propositæ adversetur. Definitio hæc fuit ex omnibus puris stipulationibus confestim pecuniam peti posse. At obligatio omnis de pecunia constituta est in diem, non pura. Quippe constituitur actio et obligatio de hoc genere solum edicto Prætoris, §. *in personam, Inst. de act.* nam ex pacto solo hæc actio est, §. *de constituta, Inst. eod.* ex pacto autem Jure Civili non nascitur actio. *L. Jurisgentium, §. sed cum nulla. §. quinimo, supr. de pac.* Constituitur autem edicto Prætoris in diem: ut appareat constitutione ipsa et origine esse in diem. Indicant id verba edicti. Pollicetur enim Prætor actionem se de constituta pecunia daturum, non simpliciter si constituta sit: sed multis additis conditionibus: hac inter cæteras, Si appareat eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse quod constitutum est. *L. si duo, §. ait Prætor, supr. de const. pec.* Quæ verba sic acceperunt veteres: ut non statim conveniri possit is, qui constituit; sed tum cum aliquod tempus præteriisset, ex quo posset apparere eum neque solvere, neque fecisse. Nam si confestim cum eo agi potuit, nihil fuit illa conditione opus: sed absolute dicendum fuit, si quid cui constitutum erit,
33 actionem dabo † Atque hinc Pauli dubitatio in *d. L. promissor, §. 1. de const. pec.* an si quid sine die constituas, tenearis. *Potest dici*, inquit, *te non teneri*; scilicet, quia ex edicto confestim tecum agi non potest, sed tempus aliquod præcedere oportet, prius quam agatur. Nunc autem in constituto, quo sine die constituisti te soluturum, nullum tempus est, ex quo appareat te non fecisse quod constitueris. Ille autem solvit dubitationem hoc modo. Etsi enim nullum hic tempus aperte comprehensum est in constituto: tamen ex verbis edicti intelligendum est modicum, post quod exactio celebretur: quasi post hoc appareat debitorem non fecisse, quod constitutum est. Id autem esse vult non minus, quam decem dierum. Interim hoc constat, quod posui, actionem et obligationem ex hoc edicto de pecunia constituta esse in diem. Sed cur placuit post tempus dari? an quod non fit constitutum, nisi in diem? atqui si non fieret nisi in diem, sufficiebat dies constitutus. neque decem dies post quos agi posset, interpretatione constituendi erant. Sed et pure pecuniam constitui posse et solere, usus constituentium declarat. Ac ne abeamus longius, in ipsa *L. promissor, §. 1. de const. pec.* quæstio ponitur de eo, qui sine die constituit. An potius quia constituendi verbum significat constituere in diem, ut si quid promittatur simpliciter, non sit constitutum? Multo minus de verbi significatione id dicere convenit. Constituere enim pecuniam nihil aliud est, quam constituere pro se vel pro alio se soluturum. *dict. §. de constituta. Instit. de act.* Nemo autem dubitat, quin quivis constituere possit hoc se facturum et pure; et in diem, et sub conditione. Non ergo verbi significatio, aut usus constituentium id facit, ut a Prætore non detur actio de constituto nisi post certum tempus: sed mens et consilium Prætoris, cui visum est hac lege de pecunia constituta actionem dare. Cur ergo visum, in eo, quod pure constitutum est, ut sic res differretur præter conventionem? non dubium, quin a Prætore factum sit, ut ei, qui constituit, consuleret. Quod ne quis ab illo factum miretur, præcipue in hac dilatione; multo magis in ea parte ab illo factum est, qua ita constituit actionem, Si per actorem factum non esset, quominus fieret, quod constitutum est. Quo intelligitur, si mora in creditore fuisset, quominus pecuniam oblatam ex constituto acciperet, Prætorem actionem non dare, et ita actionem, quæ competere cœperit, amitti. Jus, si cum aliis actionibus conferatur, singulare et novum. Nemo enim creditor ideo actionem amittit, quia semel in accipiendo eo, quod debetur, moram fecerit. *L. illud, supr. de per. et com. rei vend.* In quibus omnibus unum Prætoris studium rei consulendi et mitigandæ actionis apparet, cum et conventio constituti, et aliarum obligationum atque actionum exemplum aliud exigere videretur. Consulendi, et leniendæ actionis ratio hæc fuit, quod Prætor intelligeret judicium de constituta pecunia proponendo, se eum, qui constituit, hoc ipso

onerare, scilicet eum obligando ex pacto nudo, qui alioqui Jure Civili ex ea caussa non teneretur; æquum putavit sic constituentem nova actione premere; ut eam actionem quam lenissima posset, in eum constitueret. Quod fecit et ei spatium ad solvendum dando, et actori, si semel moram in accipiendo fecisset, actionem denegando. De priore ergo genere superiorum locorum in speciem pugnantium satis responsum est, et intellectum, quam nihil ad puras obli-
34 gationes, de quibus agimus, pertineant. † Venio ad legitimam dilationem, de qua dixi aliis locis cautum esse. Nempe hoc est, quod hic objicitur: nam in *L. quod dicimus, infr. de sol.* sub persona heredis obligati traditur, quod ad omnem debitorem pertineat, non esse videlicet heredem debitorem statim cogendum solvere; sed ei temperatum aliquod
35 tempus ad solvendum dandum. † Ubi nihil nocebit obiter monere locum corruptum esse, et ita legendum videri. *Quod dicimus in herede cum fidejussori*, et quæ sequuntur. Sed quod hic locus probat, tempus debitori dandum est ad solvendum neque is statim debet solvere. Verum si intellexerimus, cui debitori ab initio dari placeat hoc tempus, et præterea quodnam sit: facile videbimus non modo nihil hic esse contrarii: sed etiam hac dilatione præcipue confirmari, confestim eum debitore agi posse, quod utiliter. Ac de utroque dilucide comprehensum est
36 in *L. si debitori, supra. de judi.* † Debitori etiam ab initio modicum tempus dandum esse ad solvendam pecuniam, illio quoque traditur: sed hac condi ione, si ille fateatur se debere, paratumque dicat solvere. Adiicitur præterea modicum tempus hic intelligendum esse, quod post condemnationem reis indultum est. Neque aliud sensit Paulus in *dict. L. quod dicimus, de sol.* nam et de eo herede loquitur, quem in confesso sit fidejussori testatoris, debere, de quo solum hoc quæratur, an statim debeat solvere: et quod de tempore, quod dandum esset, nihil expressit. Fecit idem, quod Ulpianus in principio *d. L. si debitori.* Verum hic postea, quod utrobique indefinite dictum erat, aperte definivit, et modicum tempus hic intelligendum esse scripsit, quod post condemnationem reis indultum esset. *Hic.* idest, in hac confessione debitoris, et dilationis petitione; de qua et Paulus sentit. In summa confitenti debitori tempus ad solvendum dandum est: et id tempus, quod lege judicatis datur humanitatis caussa: de quo in *L. cum militi*, §. 1. *supra, de comp. L. 2. L. intra, supra, de re jud.* Hoc tempus qui dicit judicatis dandum esse, an videtur negare pecuniam confestim peti posse? imo potius confestim peti posse confirmat: ideo enim reus condemnatus est, quia prius eum eo actum est, et utiliter. Ne is quidem id negare intelligitur, qui confitenti reo et postulanti idem tempus tribuendum esse dicit: sed potius hoc modo recte statim et utiliter pecuniam peti declarat. Nam primum his verbis denegatur ab initio hoc tempus ei debitori, qui negat se debere: quo declaratur cum eo, qui se debere neget, confestim agi posse; et quidem ita, ut judicium de re controversa suscipere cogatur, et eo usque litigare, donec de re judicetur, quod et confirmatur in *L. quidam, supr. si cer. pet.* Quod autem confitenti debitori tempus datur, etsi cum eo nullum judicium est, et nihilominus dilationem habet: tamen non est minus eo utilis petitio et actio est. Imo vero tanto utilior, quanto per eam majore cum fructu, et minore cum molestia ac celerius creditor consecutus est, ut metu judicii fateretur reus se debere; confessi statim haberetur pro judicato: sic deinde quod tempus condemnatis dari solet, id jam nunc, dico, acciperet, sed accipere cogeretur: quo finito nullam amplius dilationem expectaret.
† Ex quibus perspici potest, quantum inter- 37
sit, utrum dicatur creditor tempus habere, ante quod cunveniri non possit, quia tempus insit stipulationi: an vero id habere, ante quod non cogatur solvere, quia id non a conventione, sed a lege accipiat. Prius qui habet, duplicem dilationem habet: nam ante tempus stipulatione comprehensum si conveniatur, ipsa stipulatio dilationem dat, qua tutus debitor actionem non metuit. Idem rursum si tempore præterito conveniri ceperit, sic jure tenebitur, ut tamen legitimum tempus a Magistratus, si fateatur se debere. Quod si tempus ad solvendum tantum ex lege erit: eum semel conventus debitor hanc dilationem acceperit, solam hanc habebit, nec post hanc alia expectabitur. Quod reliquum est, superioribus locis admonemur, quomodo accipiendum sit, quod de plura stipulatione diximus, ex ea confestim agi, et pecuniam peti posse. Nempe hoc ita dicitur, ut possit statim peti illa quidem, idque utiliter, vel ad judicium suscipiendum, vel ad confessionem debitoris, et ad fructum confessionis exprimendum: sed non eo usque peti, ut simul etiam debitor statim solvere cogatur. Nam cum res creditori adversus debitorem constituta erit vel judicio, quo hic sit condem-

natus, vel sine judicio, hujus ipsius confessione in jure facta: tum intelligemus humanitatis caussa condemnato spatium ad solvendum dari, quod lege ad eam rem constitutum est, et hujus exemplo dandum confesso, non ideo tantum quia confessi in jure pro judicatis habentur: *L. 1. supr. ad conf. L. unica. C. eod.* sed multo magis, quia auxilio legis dignior est is, qui bonam fidem agnoscens ultro de intentione ereditoria est confessus: quam qui litigare malens vexavit adversarium, et fortasse dolo frustratus
38 est. † Apparet autem ex his, quantum tempus dicamus dandum esse confitenti reo. Si id tempus est, quod judicatis dari solet: non sunt tantum decem illi dies, de quibus scriptum est in *d. L. promissor. §. 1. de cons. pec.* sed hi quos constat in hac re esse legitimos: olim quidem triginta dies ex lege 12. tabularum, qui in lege jubebantur justi esse: nunc autem quatuor menses Justiniani constitutione. *L. ult. C. de usu rei jud.* nisi quid caussa cognita videbitur Magistratui tempus hoc legitimum aut arctandum, aut prorogandum: de quo scripsi ad *L. 2. su-*
39 *pr. de re jud.* † Id vero etiam magno argumento esse debet, decem illos dies qui appellantur in *d. L. promissor*, non esse dies legitimos, qui confitenti, et ei, qui pure constituerit, et cum quo ante utiliter agi potuerit, dentur ad solvendum: sed eos, qui dentur ad differendam actionem de pecunia constituta, ante quos pecunia ex edicto peti non possit, ut supra dixi: quibus præteritis non minus etiam debitori, qui constituit se soluturum, legitimum illud tempus supersit, sive conventus fateatur se debere, sive cum litigasset, postea condemnatus fuerit. Et sane si ageretur illic de eo tempore, quod reis ex lege ad solvendum dari solet vel condemnatis vel confessis: consuetum daret Paulus, non aliud, præsertim quod esset legitimo multo verius. Sed omnium minime id faceret in pecunia constituta; in qua et illi propositum fuisse apparet ei qui constituit, consulere: et ut id faciat, est æquissimum: ne aut ei, qui constituit pro alio, beneficium summum noceat; aut is teneatur durius, qui pacto nudo promisit, quem potius ex ratione Juris Civili minus teneri conveniebat. Quod si in constituente decem dies non intelliguntur dari ad solvendum in *d. L. promissor*; ne hujus quidem argumento decem dies intelligemus in *dict. L. quod dicimus, infr. de sol.* cum quæritur, quod sit temperamentum illud temporis, quod illic non exponitur. Id autem esse *modicum* illud tempus, quod ad solvendum judicatis datur, supra ostendimus ex *L. si debitori, supr. de jud.*

Atque hæc vis est stipulationis puræ. Dies obligationi adjectus quid efficiat, videamus. Et Ulpianus hic scribit diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur. Quibus verbis non satis exprimit, ante quod tempus non possit peti: et præterea videtur hoc etiam dicere, pecuniam ante diem non modo peti non posse, sed deberi: quod secus est. Quapropter de vi diei apertius dicendum est, quod non solum ad hujus generis, sed etiam ad hujus ipsius loci, in quo versamur, explicationem pertineat. † Ergo hoc primum 40
statuatur, de quo constat, diem adjectum debitori dilationem afferre, ut ne ante eum diem solvere cogatur. Quod cum significatio verborum ostendit, tum ex his quæ postea de hoc genere dicentur, intelligetur. † Cujus 41
rei dilationem afferat, et quousque, quæritur. Nam ex stipulatione quæ jure valeat, duo nascuntur: obligatio, qua fit, ut promissor jure debeat: et ex obligatione actio, qua fit, ut ab invito peti possit. Hoc quæritur, an die adjecto, horum utrumque differatur, et quousque. Et de petitione hoc convenit, quod in diem promissum est, ante diem peti non posse: non magis quam quod sub conditione debetur, peti potest ante conditionem. *§. in diem, Inst. eod. L. certi, supr. si cer. pet.* idque non exceptione aliqua consequitur debitor, sed jure ipso, potestate nimirum stipulationis: unde ex obligatione, quæ in diem sit, dicitur ante diem perperam agi. *L. 2. §. qui ita, supra, de eo quod cer. lo.* † Nam 42
quod traditur in *§. appellantur, Inst. de exc.* exceptionem temporalem pacti conventi dari cum ita convenit, ne intra certum tempus ageretur: de eo pacto dictum est quod interpositum est stipulatione seu obligatione jam ante pure contracta. Quod si stipulatio ipsa in diem concepta erit; efficitur stipulatione ipsa, ne ante diem peti possit. Proinde efficitur et Jure Civili: si quidem stipulationem Jure Civili valere constat. *§. de constituta, Instit. de act.* ac stipulatione comprehensum est, ne ante diem deberetur certe ne posset peti. Hinc illa est distinctio induciarum, id est, dilationum apud Justinianum in *§. hodie, Inst. de exc.* ut aliæ sint, quas ipse actor sponte indulserit, aliæ quas natura actionis continet. Illæ sunt, quas pacto postea interposito adversus præsentem obligationem creditor debitori tribuit; hæ sunt dies stipulatione comprehensus, quo adjecto certam conditionem et naturam stipulatio accepit, quam postea immutare stipulator non potest. *L. vero, infra, de solu.* † Sed quod 43
dicitur ante diem agi, seu pecuniam pacti non posse, quibus verbis Ulpianus utitur in

dict. L. certi, supr. si cert. pet. ambiguum est. Incertum est enim, utrum ita accipi debeat, ut sit ante diem cœptum, an vero ita, ut significetur ante exactum, nam verba utramque interpretationem admittunt. Et ad hanc dubitationem tollendam referri debet, quod in *dict. §. in diem*, ita scriptum est, non solum quod in diem debetur, peti non posse prius, quam dies venerit: sed ne eo quidem ipso die posse peti, in quem stipulatio facta est: quod valet, non posse agi, nisi exacto constituto. Enimvero hic etiam occurrebatur: Cur enim ipso constituto die agi non potest, cum id actum sit, non ut eo die solvere posset debitor pro arbitrio, sed ut necesse haberet? sic enim verba sunt, Calendis dabis? Calendis dare spondes? Dicendum est eo fieri, quia ut eo die necesse habet debitor ex conditione stipulationis solvere: Ita id actum est, ut posset toto eo die, idest, qualibet ejus diei parte solvere: cujus rei rationem reddidi in *L. sequen.* Porro utrum aliqua parte solutum sit, necne, ante sciri non potest, quam is dies præterierit: quæ rursum ratio est, qua ad superiorem objectionem diluendam Justinianus utitur in extremo ejus §. dum vult efficere totum diem adjectum tribui debere arbitrio solventis. Quod si obligatione in diem constituta ante agi non potest, quam dies præterierit: apparet in eo genere diei debere diem venisse, non cum dies stipulatione comprehensus venit; sed cum is venit, qui illum sequitur: est enim is, quo primum pecuniam peti posse diximus; non is, in quem stipulatio collata est. Sane qui hodie dari stipulatus est, non expectat, donec hodiernus dies præterierit, sed potest eodem die petere auctore Papiniano in *L. liber*, §. 1. *infr. eod.* Verum ideo, quia obligationem hujusmodi negat esse in diem: de quo supra etiam diximus. Ergo die adjecto differtur petitio citra controver-
44 siam; et quo usque differatur, dictum est. † Sed an sola differtur petitio, an vero etiam obligatio: ut quæ in diem debetur pecunia, ea non modo non possit peti ante diem, sed nec debeatur? Verba Ulpiani hoc loco efficere videntur nec ante pecuniam deberi. Ait enim, diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur. Sed hic *debendi* verbum, ut et paulo ante, cum effectu accipiendum est, ut significetur non plene et efficaciter ante diem pecuniam deberi: idest, non ita, ut et peti possit ante diem: re vera enim peti non potest, ut diximus. Cæterum quod in diem debetur, etsi ante diem peti non potest, debetur tamen, et quidem statim ex quo obligatio contracta est. Quod diserte scriptum est in *d. §. in diem*: eademque sententia dictum est, stipulatione in diem concepta præsentem obligationem esse, in diem autem dilatam solutionem. *L. centesimis, infr. eod.* Item et illud, ubi quis in diem stipulatus est, cessisse diem stipulationis, etsi nondum venit. *L. cedere, infra, de verbor signification.* Sed quomodo ante diem diei potest quid quam deberi, cum pro non dicto sit, quod dare quis nisi velit, cogi non potest? *L. sub hac, supra, de obligat. et action.* Quomodo diei obligatio? cum obligatio definiatur, qua necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ: Tit. *Inst. de obligat.* nulla autem necessitate teneatur is, a quo invito pecunia peti non potest, non dico Jure Prætorio propter exceptionem, sed ipso Jure quia conditio ipsa stipulationis id non concedat, ut supra effectum est? An dicemus quod in diem debetur, Jure quidem Civili ante diem non deberi, eoque nec prius natam esse veram illam obligationem, quæ dicitur, et quæ necessitate adstringit contrahentes: verum deberi natura, unde et præsens sit obligatio, sed naturalis? Imo qui in diem obligatus est, etiam ante diem omni jure dicitur debere et Civili et Prætorio, si ea caussa fuit debendi, ex qua sine die utroque jure debiturus esset. *L. 1. §. ult. supra, de constitut. pecun.* Quomodo igitur hæc cum necessitate illa debendi et obligationis, quam exigimus, conveniunt? Optime: nam et eum, qui in diem debet, etiam ante diem certum est necessitate adstringi pecuniæ præstandæ. Non adstringitur, ut solvat in præsentia: vere tamen et recte dicetur eum in præsentia, et jam nunc adstringi, ut quandoque solvat: quia certum est id postea futurum. Quod non fit, conditione adjecta: ut enim ante eventum conditionis nulla necessitas est rei præstandæ: ita nec certum est ullam hanc necessitatem postea futuram, quia incertum, an conditio existat: et hoc est, quod dicitur in *L. 1. supra, de cond. et demon.* ideo enim dies adjectus est, quamvis dies non venerit, solve tamen posse (quo significatur diem cessisse, et cœpisse pecuniam deberi) ideo, inquam, hoc ita esse, *quia certum est debitum iri*: nempe cum effectu, ut aliquando heres solvere necesse habet. Sed videndum est, dixerit aliquis, ne de verbis sit hæc disputatio, non de re. Nam in re quid interest, utrum quid dicamus ante diem omnino non deberi; an vero ita debe-
ri, ut peti non possit? † Ergo hoc jam restat, 45
ut quid intersit, cognoscamus, ne in eo statuendo frustra laborari existimetur. Multum vero refert in utramque partem: nam et stipulatori prodest intelligi pecuniam ante diem

deberi, quamvis petere adhuc non possit, et prodest promissori. Stipulatori conducit ad eas res, ad quas constituendas quodvis debitum et vel sola naturalis obligatio sufficit. Itaque conducit ad impediendam indebiti condictionem; ad efficiendam constitutæ pecuniæ obligationem; ad novationem. Qui in diem debuit, quasi pure obligatus esset, solvit per errorem ante diem; non repetet: quia creditor debitum accepit. *L. in diem, L. sub conditione, in fin. et LL. 2. seqq. supr. de cond. ind.* Qui in diem debuit; ante diem pecuniam promissam constituit, aut ejus nomine alius, constituto tenebitur, et quidem statim: quia debitum constituit. *L. 3. §. ult. et L. seq. supra, de constitut. pecun.* Proinde et stipulatori ante diem ea obligatio poterit novari: eum placeat qualiscunque obligatio sit, quæ præcessit, etiam naturalis, eam novari verbis posse. *L. 1. in fin. L. in diem, infra, de novat.* Sed debitum stipulatori prodesse non mirum: quando creditoris augendi caussa debitum omne constitutum est. At promissori prodesse, quod aliquid ante diem debitum esse dicimus, mirum videri potest: eum debitum debitorem onerare constet, non augere. Sed nihilominus et hoc statui promissori utile esse verum est. Non prodest ei, ut obligetur: ut prodest, ut ei et ante diem solvere liceat, ac solvendo liberetur.

45 † Ac quod in diem debetur, etiam ante solvi posse, licet peti non possit, multis locis traditum est: ut *L. stipulatio ista, §. inter, supra, eod. L. continuus, §. cum ita, infra. L. quod certa, infra. de sol.* Sed hoc non alia ex re fit, quam quod ante quoque fuit debitum. Quod nisi debitum esset, neque id solvere posset promissor, nec si dedisset ultro accipienti, liberaretur: ut exemplo ejus, quod sub conditione debetur, et ante conditionis eventum præstatur, liquido intelligi potest, de quo postea. Et volenti ante diem solvi posse inter

47 omnes convenit. † An possit etiam invito, videndum est: extiterunt enim nostra ætate, qui negarent. Et loci scripti de vi et efficientia diei adjecti consulendi sunt: his lectis et vel mediocriter expensis mirabor, si quis dubitabit quidquam esse verius, quam quod omnes omnium prope ætatum interpretes ex his sino ulla hæsitatione statuerunt, quod in diem promissum est, dum non aperte dies adjectus sit creditoris caussa, vel statim et invito creditore solvi posse. Et ex tribus illis locis, quos proxime citavi, potest ambigi, an satis hanc sententiam exprimat *L. continuus, §. cum ita, infra.* de quo opportunius eo loco dicetur. At certe de duobus reliquis dubitari non potest, *L. stipulatio ista, §. inter. supra. eod. L. quod certa, infra. de sol.* Nam primum in utroque ita scriptum est, *quod certa die promissum est, vel statum dari posse.* Etsi nihil præterea adjectum esset; tamen his verbis satis significaretur statim dari posse etiam invito creditore. Id enim potest promissor, quod jure suo potest: et potest suo jure, quod potest invito adversario. Neque enim posse dicendus est id, in quo quominus possit, jure possit ab alio prohiberi: idque ita esse hæ orationes declarant. Ex stipulatione hac; mihi aut Titio dabis? dicitur Titio solvi posse. *L. quod stipulatus, 10. L. si ita stipulatus, 59. infr. de sol.* Id omnes dici intelligunt, posse etiam me invito. *§. plane, Instit. de inut. sti. L. vero, inf. de sol.* Qui Stichum aut Pamphilum promisit, dicitur eligere posse, quod solvat. *L. 2. §. Scævola, supr. de eo quod cer. lo.* seu posse solvere, utrum velit, quandiu ambo vivunt. *L. Stichum, infra de sol. L. illud. supr. de const. pec.* Id valet, posse utrumlibet solvi etiam invito creditore. Ex duobus reis stipulandi unus solidum petere potest, et si non sint socii, amplius unus novare obligationem potest, et promissorem vel acceptilatione vel pacto liberare. *L. si unus, sup. de pac. L. 2. infr. de duo rei.* Id non habet hanc sententiam, ut possit unus, si altero non prohibeat; sed ut possit, etiam invito altero. *§. ex hujusmodi, Instit. de duo reis.* Ergo, ut dixi, cum in *L. stipulatio ista, §. inter, supra eod.* et in *L. quod certa, infr. de sol.* ita scriptum est, *quo certa die promissum est, etiam ante diem dari et solvi posse:* ut nihil additum esset amplius; tamen his verbis hanc sententiam contineri intelligeremus: etiam ante diem dari posse, sive creditor velit, sive nolit. Nunc autem utroque in loco additum est rationis loco, quod omnem dubitationem eximeret, si qua forte esse posset in præcedentibus verbis, eum ita subiicitur: *totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur.* Quomodo liberum promissori ad solvendum, si non est in ejus potestate, cum velit, solvere? at non est in ejus potestate, si licet creditori ante diem solutionem jure recusare. Quærat ergo aliquis, quamobrem totum medium tempus liberum sit ad solvendum promissori. Adde igitur, quod de fine diei adjecti hoc loco scripsit Ulpianus: tum rem minime omnium dubiam effeceris. Apparet, inquit, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Quod et regula juris comprehensum est; non tamen usque adeo diserte. *L. cum tempus, infr. de reg. jur.* Hac sententia quæstio confecta est. Om-

nes enim concedunt, quod pure et sine die debetur, statim solvi posse invito creditore: ut illo recusante accipere, si pecunia solemniter obsignetur, ipso jure liberatio contingat. *L. obsignatione, C. de sol.* Sine obsignatione autem si accipere recuset, moram faciat, ac pecunia postea amissa debitor exceptione liberetur. *L. qui decem, inf. de sol.* Liceat promissori eodem modo pecuniam, quæ in diem promissa sit, et ante diem ac statim solvere: quia superiore ratione eo res deducitur, ut cum reo videbitur, perinde haberi debeat, ac si dies adjectus non esset. Si dies pro reo est, non pro stipulatore: licet ei die uti, si velit, ne ante solvere cogatur. Si nolit, et ei videatur commodum statim solvere; licet die non uti, atque adeo diem contemnere: ut hoc modo nihilo magis ei dies noceat, quam si omnino adiectus non esset. Idque jus est de omnibus iis, quæ nostra gratia constituta sunt, contemnendis, sive lege tributa sint alicui: sive parta conventione. *L. si Judex, supr. de minor. L. pen. C. de pac. L. 2. sup. de leg. com.* Et cur dies adiectus commodis promissoris efficiat, qui illius caussa ideo adjectus est, ut prodesset? Hæc non a me primum animadversa sunt et tradita: sed in medio loci superiores cum essent, et verbis ac ratione ad communem etiam intelligentiam expositis constarent, ita sunt accepti ab omnibus interpretibus, ad hanc usque ætatem, ut nemo inventus sit, qui vel natu significaret suspicari se aliud in hac re cuiquam videri posse. Fuerunt tamen nostra ætate, qui contra scriberent, defenderentque promissorem ante diem invito solvere non posse: sed licere creditori, quod ante diem offeratur, recusare impune, ut nec propterea moram faciat, aut postea re amissa, vel extincta teneatur. Quorum ego rationem in hac re, fateor, nequeo satis mirari. Nam cum essent superiores loci ejusmodi, ex quibus de quæstione proposita judicium fieri oporteret, ita scripti; ut pene invitis superioris sententiæ confessionem extorquerent: tamen quasi nusquam essent proditi, aut quasi ad illam sententiam plane nihil pertinerent, ita de his altum silentium agunt; et sua quadam ratione delectati ad obscuros quosdam locos, et ab ipsis parum attente lectos nos revocant: quasique sufficeret illos tantum indicari, ut in rebus maxime exploratis fieri solet, ita illis leviter appellatis asseveranter statuunt, quod dixi, creditorem quod in diem debeatur, ante diem accipere non cogendum; itaque nec invito solvi posse. Quod cum omissis prioribus illis locis, nec refutatis fecerint, non video quid consecuti sint contra dicendo, nisi ut existimarentur aut eos locos non legisse, aut in eorum sententia id non vidisse, quod omnes vident: ac nihilominus ea sententia, quam eorum locorum esse omnes intelligunt, illis locis stantibus integra maneat. Quia tamen aliquid contra afferunt, quale id sit, videamus. Et hæc duo sunt in summa. † Unum, 48
quod in *L. si soluturus, infr. de sol.* traditur justam esse caussam creditori ad recusandum, si non opportuno tempore, aut loco debitor offerat. Alterum, quod in *L. item, in princip. supra. de constit. pec.* ita scriptum est, si per creditorem non steterit ad diem constituti, nihil ei nocere, si ante steterit. Hæccine erant, quæ nos a vetere illa tam certa et manifesta sententia ad istam abducerent? Atqui prius pro ista nihil facit: posterius etiam ei ipsi sententiæ maxime adversatur. Inopportuno tempore pecuniam offerre non licet. Vere hoc dicitur. Ergo quod in diem promissum est, ante diem offerre non licet: non recte colligitur. Prius enim probandum erat non esse upportunum offerendi et solvendi tempus id, quod diem adjectum antecedit: quod nonquam obtinebitur. Nos quidem maxime idoneum opportunum esse contendimus. Nec longe quærimus probationes, aut eas, quæ sint obscuræ et difficiles; sed notis et apertis locis utimur: in quibus scriptum est, totum medium tempus liberum esse promissori ad solvendum: et adiicitur ratio, ex qua prius illud necessario consequitur; quia scilicet dies adiiciatur promissoris gratia, non stipulantis. At enim ex eo quod dicitur non recte pecuniam offerri inopportuno tempore, satis colligitur esse aliquod non opportunum offerendi tempus. Non nego; sed non ideo efficitur id esse in in obligationibus in diem, cum ante diem pecunia uffertur. Quodnam ergo non opportunum tempus? si quid debetur sub conditione, et pendente conditione offertur: cum nondum nummi debentur, et sunt in ea caussa, ut si creditor accipiat, debeat eos deficiente conditione reddere. *L. stipulatio ista §. inter, supr. eod. L. qui promisit. supr. de cond. ind.* Sed etsi quid in diem debeatur ex testamento ita, ut diem legatarii caussa adjectum esse appareat, non licet ante diem solvere, ut postea diecmus. Quinimo et in præsente obligatione, qualis proponi videtur in *d. L. si soluturus*, illis, verbis, *si soluturus pecuniam tibi jussu tuo eam apud nummularium deposuerim*, potest pecunia offerri non opportuno tempore: ut si aliis rebus necessariis occupato creditori offeratur pecunia, ut probetur; et petatur ab eo, ut omissis occu-

pationibus veniat ad pecuniam probandam, de qua specie illic agitur. Denique hoc contendo cætera omnia tempora potius videri posse non opportuna ad solvendum et offerendum, quam in obligationibus in diem illud tempus, quod diem præcedit, ubi non probetur diem creditoris caussa esse adjectum. Hæc enim ratio semper animo obversari debebit; si pure quid promissum esset, et statim solveretur, opportune solveretur. Ergo et quod in diem debetur, si solvetur ante diem: quia volente debitore perinde res haberi debeat, ac si dies adiectus non esset. At comparantur locus et tempus in *d. L. si soluturus*. Constat autem loco adjecto, invito creditore alio loco solvi non posse. *L. pen. supr. de eo quod cer. lo.* Hic discereturaliquid, si verum esset, locum et tempus illic comparari, quod secus est. Comparantur inter se locus inopportunus, et tempus inopportunum. Recte: non enim magis inopportuno tempore offerre licet, quam licet non opportuno loco. Sed prius quærendum est, quodnam sit tempus non opportunum, et quis non opportunus locus: in quibus diiudicandis errat, si quis eandem definitionem adhiberi debere existimat. Scimus locum non opportunum dici, quisquis est alius ab eo, qui dictus est solutioni; *d. L. pen. supr. de quod cer. lo.* sed non ideo inopportunum tempus id, quod est aliud ab eo, quod constitutum est ad solvendum. Quorum utrumque efficitur propriis rationibus, et naturæ utriusque convenientibus. Tempus namque promissoris caussa adiicitur, non stipulatoris, ut hic diserte scriptum est. Locus adiicitur utriusque gratia et creditoris et debitoris. *L. 2. de eo quod cer. lo.* Ac cur dicamus locum potius utriusque caussa adiici, quam diem, non est obscurum: habent enim singula loca suam utilitatem in mercibus vendendis aut emendis, itemque in pecuniis collocandis, aut sumendis aliunde: quia varia sunt pretia rerum per singulas civitates, regionesque; pecuniæ quoque aliis locis facilius inveniuntur, aliis difficilius, ut est in *L. interdum, supr. de eo quod cer. lo.* Dies autem utilis esse potest debitori ne ante solvere cogatur; creditori nullam utilitatem potest afferre, si tantum ad differendam petitionem adiicitur; sic enim dies efficit, ut minus ei præstetur propter interusurium medii temporis, quo illic cogitur carere. *§. tempore, Inst. de act. §. ex contrario, Instit.*
49 *de leg.* † Jam de *L. item, supr. de const. pec.* videamus, verba sunt: *Item illa verba Prætoris, neque per actorem stetisse, eandem recipiunt dubitationem, et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante steterit, vel postea: et puto et hæc ad diem constituti referenda.* Est autem hæc sententia: edicto datur actio de pecunia constituta, hac conditione, Si appareat per actorem non stetisse, quominus fieret, quod constitutum est. *L. si duo, §. ait: de const. pecun.* Proinde si per eum stetit, quominus fieret, actionem de constituta pecunia non habebit: quantumvis exstat res constituta. Propone jam hoc modo: Constituit aliquis se soluturum Calendis; is ante Calendas pecuniam obtulit creditori, quam ille accipere recusavit. Sed Calendis abest creditor paratus pecuniam accipere, si debitor tunc offerat; verum nemo offert; ut appareat jam hic per actorem non stetisse constituti die, quominus constitutum fieret. Quæritur, an actor ex edicto actionem habeat: nam utrumque verum est, et per eum stetisse, et per eum non stetisse, si diversa tempora in hac re spectentur. Itaque et quæstio in eo est, utrum ex his temporibus potius sequendum. Ulpianus ait hæc verba, *per actorem stetisse, quominus, quod constitutum est,* hæc, inquam, *ad diem constituti referenda.* Significat autem satis esse, si per actorem non steterit die constituti, quominus constitutum acciperet; etsi per eum aliquando stetit antea. Ergo impune creditor recusavit accipere pecuniam ante Calendas, dixerit aliquis; et per eum antea non stetit secundum verba edicti, quæ ut creditor possit agere, exigunt, ut per eum non steterit. Imo non alius locus evidentius probat per actorem stare posse, et moram fieri etiam diem, quam hic unus locus Ulpiani. Diserte enim Ulpianus proponit eum, qui in diem debeat, et per quem ante diem steterit. Itaque fatetur per eum stetisse ante diem constitutam: sed hoc ei nocere negat in eo, de quo quærebatur: non potest autem ante diem per actorem stare, idest, non potest mora fieri, quominus fiat constitutum nisi cum ante diem pecunia constituta ei oblata est; et ille sine justa caussa accipere recusavit. *L. qui decem, infr. de solut.* Non fuit igitur ei caussa recusandi, quod pecunia ante constituti diem offertur. Et cum moram in hac re creditor faciat, evenit, quod de omnibus aliis creditoribus, qui moram in accipiendo faciunt traditum est in *L. qui decem, infra de sol.* ut si debitor pecuniam a se oblatam postea sine culpa sua amiserit, doli mali exceptione possit se tueri adversus creditorem: ne quis forte hic fateatur verbo moram fieri ante diem; re autem fieri neget, quia ea non noceat. Ab Ulpiano tu

dict. L. item, dici spectandum non esse, quid ante factum sit, sed quid die constituti: nempe id dicit interpretans eam partem edicti, in qua quærebatur, an quamvis per actorem aliquando stetisset, tamen is post diem constituti agere posse ex constituto: et hoc vult intelligi nihilominus agere posse, si ad diem constituti per eum non stetit. Ex quo apparet hoc eum dicere, quod per actorem ante diem constitutum stetit, hoc et non nocere, quominus et post diem constituti venientem possit agere de pecunia constituta. Non ergo simpliciter negat nocere, sed negat nocere ad hanc sententiam movendam rebus adhuc integris. Hoc vero non est argumentum non nocere aliis in rebus. Multo minus argumentum est prius moram non esse factam: nam et cæteri omnes creditores, quibus ex aliis caussis debetur, etsi maxime in accipiendo moram fecerint; nihilominus tamen integras actiones suas retinent, quandiu res debita exstabit. *L. illud, supra, et de per. et com. rei ven.* Cur autem, cum quæritur in proposito, an per actorem steterit, velit Ulpianus non omnia tempora, quibus per eum stetit, esse spectanda, sed solum diem constituti: ex structura et compositione verborum edicti sumptum videtur. Nam illa verba, *quod constitutum est*, pariter ad actorem referuntur, et ad reum. Ad actorem eum ita dicitur, Si apparet per actorem non stetisse, quominus fieret, quod constitutum est; ad reum, cum ita dicitur prius, Si apparet eum non fecisse; subiicitur enim; quod constitutum est. Jam vero in persona rei hæc verba significant: Si appareat eum non fecisse sua die, quod constitutum est. Proinde et in persona creditoris idem significabunt. Si appareat per eum stetisse, quominus sua die fieret, quod constitutum est: ut eadem oratio eadem significatione ad utrumque membrum referatur; ut fieri debere monemur in L. 4. §. 1. *supra, de vulg. et pup. sub.* Stet igitur certi juris sententia; Quid in diem promissum sit, et generaliter, quod in diem debeatur, vel statim solvi posse, quamvis invito

50 creditore: † postquam non in stipulationibus tantum, sed in omnibus aliis caussis recte statuitur, diei adjectionem pro debitore esse, non pro creditore. De stipulationibus hic scriptum est: de aliis caussis in *L. cum tempus, infra, de regul. jur.* Quod tamen totum in re dubia dictum accipiendum est, et tum, cum nihil aperte probatur in testamento quidem de mente testatoris, in contractibus autem de mente contrahentium. Cæterum in testamento diem legatarii non heredis caussa adjici posse constat, *dict. L. cum tempus, de reg. jur. L. si ita relictum.* §. *Pegasus, supra, de leg.* 1. *L. Jabolenus, alias, sum qui, supra, de an. leg.* Nec dubium est, quin idem agi possit in stipulationibus, aliisque contractibus, et cum actum fuerit, quin eodem modo contrahentium conventio servanda sit, quo in testamento voluntas testatoris. Hoc cum fit, dubitari non debet, quin si ante diem pecunia offeratur, juste creditor hanc oblationem recuset, etiam si dicturus sit debitor creditorem quæri non posse sibi injuriam fieri, cum ante diem solvendo plus præstet, quam debuerit. §. *tempore, Inst. de act. dict. L. Jabolenu. supra, de an. leg.* Nam primum cum dies illius caussa adjectus sit, jus illi quæsitum est vel testamento, vel stipulatione: de quo illi pro arbitrio suo statuere permittendum est. Hoc jus illi invito auferri non debet: nec vero potest sine injuria. *L. habere, supr. de evic. L. vero. infr. de sol.* Deinde constat creditorem accipere recusantem, moram non facere, eoque recusare impune, si justam caussam habet recusandi. *L. qui decem, infr. de sol.* Nulla autem recusandi caussa justior, quam si in testamentis per voluntatem testatoris differre licet: in contractibus per conventionem. Adeoque in hac re valet voluntas testatoris, ut si ideo legatarii caussa diem adjecerit, quod ante eum diem legatarius rem familiarem tueri non posset: hic non modo non liceat solvere invito; sed nec volenti, ut liberatio contingat: *d. L. Jabolenus, de an. leg.* scilicet quia voluntas testatoris refragetur. Quod ita dictum est, ut hoc casu liberatio non contingat, quamvis alioqui ea fuerit conditio legatarii, ut ei secundum regulas juris solvi posset. Nam alioqui pupillo aut prodigo nec si pure quid legatum esset, solvi posset sine auctoritate tutoris aut curatoris, ut debitor liberetur, §. *at ex contrario, Inst. quibus ali. lic. vel non L. Julianus, supra, de curat. fur. et aliis ex. mi. dan.*

† Creditoris caussa diem ad solutionem adjici 51
nemo dubitat, cum vel stipulator in diem stipulando, vel testator in diem legando nominatim cavet; ne ante diem solvere invito liceat. Sed etsi id aperte verbis comprehensum non sit; tamen et aliis indiciis mens ejus, qui diem constituit, non minus colligitur. Et in testamentis placet diem legatarii caussa adjectum videri, cum post certum tempus legatur ei, qui rem suam tueri et recte administrare non potest, in id tempus, cum melius et facilius poterit: et præterea testator declarat se ob id differre, quia noli: rem legatam lubrico ætatis, tutelæ, aut cum

interim committi. Persona facit, ut ratione testatoris in rei legatæ conservatione et administratione indigeat: et ideo persona hujusmodi ad significationem superioris mentis testatoris exigitur in *L. si ita relictum*; *§. Pegasus, supr. de leg. 2. et d. L. Javolenus, supr. de an. leg.* Sed non est satis eam esse personam legatarii, nisi et testator testetur se ideo tempus adjecisse, ne rem medii temporis periculo committeret: hanc enim caussam præcipue exigit Papinianus, ut videatur dies adjectus esse pupilli legatarii caussa, in *L. 3. §. cum Pollidius, supr. de usur.* Et certe legatum sic relictum impuberi, cum pubes erit, quale est quod indicatur in *d. L. si ita relictum §. Pegasus, de leg. 2.* si nihil præterea adjiciatur de mente testatoris, quo significetur ipsum velle, diem legatarii caussa adjici: non est legatum in diem, sed sub conditione: qua deficiente, ne res quidem ipsa legata debebitur, nedum etiam rei legatæ fructus medio tempore percepti. *L. si Titio, supr. quan. di leg. ce.* Exemplo legatorum idem probandum puto, si pupillus fundum sibi dari stipuletur post certum tempus, præfatus id quidem agi, ut præsenti die res fiat ipsius; sed cupere se, ut propter lubricum ætatis, vel tutelæ differatur solutio in tempus constitutum. Quod si diem creditoris caussa his modis adjectum esse non constabit, manebit jus quod posuimus, ut quemadmodum diei adjectio intelligitur pro reo esse, non pro stipulatore; ita et reo ante diem, atque adeo statim solvere liceat, non modo admittente creditore, sed etiam invito.

52 † Sed et hoc, et superiora omnia ad vim diei pertinentia, quæ ex eo effici diximus, quod res in diem promissa etiam ante diem et statim deberetur, de die certa dicta sunt. Alia caussa diei incerte. Hæc conditionem habet, ut supra docuimus: proinde et ad conditionis jus referenda est; ex quo etiam eadem opera, quid inter certam incertamque diem intersit, intelligetur. Meminerimus autem semper in his omnibus, quæ de dilatione diei adjecti dicta sunt, loqui nos de eo die, qui ita adjiciatur, ut vel eo die obligetur promissor, vel ut eo pecunia solvatur. Quod si qui alterius rei caussa adjecti sint, quam differendi, hi nec rem differunt, neque ad hunc locum pertinent: ut in definitione stipulationis in diem diximus.

53 † De vi conditionalis stipulationis restat, ut dicamus; vel ob hoc maxime, ut vis certi diei, de quo hic agitur, ab incerti vi secernatur, ne similitudine decepti etiam in certi quæstione labamur. Jam dixi conditione differri obligationem in casum. Hinc potest intelligi, et quis obligationis status sit ante eventum conditionis, et quis postea. Pendente adhuc conditione (quod fieri dicitur, cum nondum conditio exstitit) obligatio differtur in casum. Id hanc vim habet, ut tantisper quod promissum est, non modo peti non possit, sed ne deberi quidem. Quod significatur in usu juris, cum dicitur, ubi quis sub conditione stipulatus est, neque venisse, neque cessisse diem. *L. cedere, infr. de verb. signif.* Contra ubi exstitit ille casus, in quem conditio collata est (quod cum factum est, ipsa etiam conditio, quæ hunc casum continet, exstitisse, et impleta esse dicitur) jam intelligimus desinere differri obligationem, si verum est eam in hunc solum casum differri. Itaque tum certo statuitur obligatio non secus, quam si pure esset contracta. *L. si*
pupillus, supr. de cond. inst. † Ubi notandum 54
est, cum semel conditio exstitit, non ita obligationem statui, quasi tum primum inciperet; sed perinde rem haberi, quasi retro versus eo tempore, quo res sub conditione contracta est, sine conditione gesta esset. *L. potior, supr. qui pot. in pig. L. necessario, illic, idem Pomp. supr. de per. et com. rei vend. L. si fundum a, supr. de cond. et dem.*
† Ergo cætera omnia conditioni cum die 55
certo communia: et quod prius quam aut hic venit, aut illa exstitit, pecunia peti non potest; et quod postquam utrumque tempus venit, ita constituitur obligatio, ut si pure, aut in diem ab initio contracta esset, non alia futura fuerit. Una hæc in re dissimilem vim habet conditio, in quo etiam propriam cognitionem desiderat: quod die adjecto sic ante diem pecunia non potest peti, ut tamen debeatur, et sit præsens obligatio; ex quo illa consequentia, quæ supra diximus: conditione autem adjecta non petitio aut solutio solum differtur; sed ipsa adeo obligatio, ut ante conditionis eventum nihil plane debeatur. Itaque deficiente conditione eo res deducitur, quasi nihil omnino unquam promissum, actumve esset. Unde rursum non dissimilia tantum; sed ut ex contrariis caussis contraria omnia, cum de solutione rei sub conditione promissæ, tum de solutæ repetitione, deque constitutione pecuniæ, et obligationis novatione, totidemque rebus dies certus a conditione distinguitur. Quod si dies incertus conditionem habet, quod supra docuimus: necesse est totidem illis rebus diem certam ab incerta distare. Nam quid inter ista interesset, quæsitum est, ut indicat *L. stipulatio ista, §. inter, supr. eod.* Neque vero in ea differentia, quas illic de potestate pecuniæ ante diem sol-

56 venda dicitur, consistere oportet. † Sic ergo de conditione et die incerta jam colligamus. Quod sub conditione aut in diem incertam debetur, veluti, *si aliquid factum erit*, aut *cum aliquid factum erit*, ante diem incertam non debetur. Proinde ut a postremis tanquam notioribus regrediamur ad priora, interim stipulatio novari non potest; *L. quoties. infr. de novat.* cum novatio sit prioris debiti in aliam obligationem transfusio *L. 1. infr. de novat.* Interim pecunia pure constitui non potest; sed constituta eadem conditione suspenditur *L. id quod, supr. de cons. pec.* quoniam quod constituitur, debitum esse oportet. *L. 1. §. pen. et ult. L. item, §. 1. de con. pec.* Ante quoque per errorem solutum repeti potest: scilicet quia indebitum solutum. *L. sub conditione. L. quod si ea. L. qui promisit. supr. de cond. ind.* Sed quod præcipuam dubitationem habere poterat; etsi promissor conditionem aut diem incertam non ignorans pendente conditione solutum velit; tamen solvere non poterit, non dico invito creditore; sed ne illo quidem pecuniam datam ultro accipiente: quia, ajunt veteres, non fecit, quod promisit. *L. stipulatio ista. §. inter. supr. eod. L. qui promisit. supr. de cond. ind.* hoc est, quia non debuit: id enim debetur ex stipulatione, quod promissum est. Ex hac vero ratione recte prius illud utrumque de solutione infertur. Invito ante diem incertam pecunia non recte solvitur: scilicet quia non est solutio, nisi rei debitæ. Quod enim dicitur *in princip. tit. quib. mod. tol. ob.* solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem: non temere adjectum est, *ejus quod debetur*; sed ideo, ut intelligeremus quemadmodum hujus solutione obligatio tollitur; ita ejus quod non debetur, nullam esse solutionem. Unde dictum, aliud quam quod debetur, invito creditore solvi non posse *L. 2 §. 1. supra, si cer. pet.* pecunia autem in diem incertam promissa, ante diem non debetur. Eadem etsi ultro accipienti data sit; tamen nec solutio nec liberatio contingit: primum eadem illa ratione, quod non sit solutio nisi rei debitæ: deinde et item altera, quia non possit esse liberatio, nisi ab obligatione præcedente: hæc autem ante diem incertam nulla est. Hinc pecuniæ interim datæ repetitio, *dict. L. qui promisit, de cond. ind.* quam intelligere debemus paratam esse non tantum ei, qui per errorem tanquam debitum solverit; sed etiam ei, qui sciens dederit, ut liberaretur: sic enim repetet tanquam ob caussam datum caussa non secuta. Quæ tamen omnia pro tempore, quod diem incertam antecedit, intelligenda sunt. Nam si pecunia ante data necdum repetita, postea conditio extiterit, intelligetur debitor jam olim liberatus *L. sub conditione, infr. de solu.* quasi scilicet et jam ante a principio debuerit, quod conditione existente evenire supra diximus. Videamus tamen, ne etiam pro antecedente tempore superiori sententiæ adversetur, quod traditum est de hereditate, quam quis post mortem suam restituere rogatus est. Nam hic diem mortis heredis incertum diem esse, et conditionem habere constat, et quid efficacem: cum si vivo herede fideicommissarius decesserit, fideicommissum ad ejus heredem non transeat. *L. 1, §. 1. supr. de cond. et dem.* Et tamen placuit hoc modo restituere rogatum, etiam vivum atque etiam statim restituere posse hereditatem; non ut post mortem ejus utilis esse incipiat restitutio; sed ut statim heres judicio testatoris in eo satisfacere intelligatur. *L. post mortem, C. de fideic. L. patrem, supra. quæ in frau. cre.* nam quod in *L. sed etsi, 10. supra, ad Treb.* dicitur si ante diem aut conditionem restituta sit hereditas, actiones hereditarias non transferri: ad hunc diem mortis heredis non pertinet. Et dicendum est in eo fideicommisso, quo quis rogatus est post mortem suam restituere, verbis quidem inesse omnimodo conditionem: at sententia testatoris inesse hactenus, si heres velit, idest, si ea utatur: quod si nolit, idest, si contempta ea statim velit solvere, non inesse. Cum enim hic dies adjectus sit aperte heredis caussa, ut quamdiu vivet, hereditate patiatur: apparet judicio testatoris liberum ei relinqui, utrum velit restituere, an nolit. Proinde si conditione uti nolet, necesse est sic accipi fideicommissum, quasi nec conditio inesset de sententia testatoris. Unde et cum id solvitur, etiam fides ab herede impleri, et judicio testatoris satisfieri dicitur supra scriptis in locis. Non ergo adversatur exemplum, quod volente herede conditionem non habet: quoniam de iis, quæ sub conditione aut in diem incertam debentur, agimus.

Ad L. *Qui hoc anno.* 42.

Pomponius *libro XXVII. ad Sabinum.*

Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus sit: nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis non recte petet.

S U M M A R I A.

1. *Quæstio hujus L.*
2. *Sabini et Proculi contrariæ sententiæ, earumque rationes.*
3. *Stipulatus hoc anno, mense, nundinis, Calendis, nisi omnibus partibus anni mensis, nundinarum, Calendarum præteritis petere non potest.*
4. *Bartoli distinctio contra Baronem et Duarenum defensa.* et n. 6.
5. §. At si ita, Inst. eod. *explicatur.*

Monui supra ad *L.* 13. postquam dici adjectio in stipulationibus recepta est, unde factum est, ut varie quoque tempus exprimeretur; ideo hac parte de quarundam conceptionum significatione dubia quæsitum esse, quousque in his solutionis dilatio proferretur. Cujusmodi est, cum stipulamur ante Calendas, aut intra Calendas: de quibus
1 illic diximus. † Ex hoc genere est hæc etiam, de qua hoc loco, cum stipulamur non ante, aut intra, aut post aliquod tempus; sed certo tempore dari, puta hoc anno, hoc mense, proximis nundinis seu nundinarum diebus: cui similis est, et cum stipulamur Calendis. Hic enim quæsitum est, utrum initio cujusque temporis constituti agi posset; an vero non prius, quam omnes partes ejus temporis præteriissent. De quo ne inepte hoc loco constitui et non necessario putemus, quasi ex verborum significatione et certa sententia contrahentium diem pro reo adjicientium sine ulla hæsitatione id dici debeat, quod hic traditur, nimirum non nisi omnibus partibus temporis constituti præteritis agi posse: habuit utraque pars etiam in veteribus juris auctoribus suos assertores.
2 † Ut enim refertur in *L. cum, qui certarum, infr. eod.* Sabinus putavit ex hujusmodi stipulationibus primo die anni, mensis, nundinarum agi posse. Cui conveniens fuit existimari, etsi quid promissum esset certo die, puta Calendis, posse statim eo die peti. Proculus, et diversæ scholæ auctores, quamdiu vel exiguum tempus ex anni, mensis, nundinarum spatio superesset, peti non posse existimarunt. Utrum igitur sequimur? et Proculi sententia obtinuit, eaque est quæ hoc loco constituitur, item in *d. L. cum, qui certarum, infr.* et totidem verbis in §. *qui hoc anno, Inst. de inut. stip.* Nec dubium est, quin ex eadem sententia sit, quod traditur in §. *in diem, Inst. eod.* cum quid promissum est Calendis, non ante peti posse, quam totus is dies præteriisset: et ad eandem veterum dubitationem referri debet, quod hæc sententia eo loco ratione adhibita diligenter confirmatur. Etsi autem repudiata Sabini sententia nihil ad rem pertinet quærere, quid eum moverit, ut sequamur: tamen ut diluamus, vitemusque, etiam nunc explicari necesse est. Incredibile est enim tantum auctorem in verbis tam expositis sine magna, aut probabili aliqua ratione superiorem interpretationem esse secutum. Quod si, quod eum movit, fuit aliquid: cogitare debemus, si verum fuit, ab ejus sententia discedi non debuisse: si falsum; tamen esse ejusmodi quod et nobis nunc quoque errorem possit objicere, nisi cavemus. Diluitur autem Sabini ratio, contrariæ sententiæ ratione exposita. Quare utraque de caussa faciendum est, ut istarum sententiarum rationes breviter cognoscantur: tum ut discamus nos quoque ratione Sabini in hac specie non moveri; tum ut contraria confirmati non inviti veræ sententiæ assentiamur. Et mihi dubium non est, Sabinum verba stipulationis secutum primo die actionem in proposito dedisse: quæ si tantum sequimur, dubitari non debet, quin ille recte senserit. Intelligendum est enim quoties dies adjicitur stipulationi, toties petitionem, quæ die differtur, habere conditionem hanc, si pecunia constitutio tempore soluta non erit. Proinde cum dico, Calendis dabis? perinde est, ac si ita dixissem, dabis ita

Calendis, ut si Calendis non dederis, continuo mihi tecum agere liceat. Similiter cum dico, dabis, hoc anno? intelligendum est hoc dici, dabis hoc anno; et si hoc anno non dederis, jus mihi est tecum agendi, et pecuniam petendi. At hæc conditio, si hoc anno non dederis, existit statim, quacunque parte anni non dederis. Verum est enim te nulla parte anni dedisse, ubi vel una aliqua minima non dedisti. Nam pro eo quidem tempore, quod petitionem antecedit, potuisti dare; at non dedisti. Pro eo autem, quod futurum est, non modo nondum dedisti; sed ne fieri quidem potest natura, ut dederis. Dabo postea, inquies. Nihil hoc ad defensionem tuam pertinet; non enim quæritur, an daturus sis, necne; an possis dare, necne; sed an non dederis, ut erat conditio: te vero non dedisse, atque ita conditionem exstitisse verum est. Quare et conditione petitionis statim expleta, simul etiam locum petitioni factum esse recte dixeris. Quid hic Proculus, et diversæ scholæ auctores? Assentiantur necesse est, si hic verba uti sunt, spectamus; idest, si nihil amplius fuit in stipulatione, quam ut hoc anno, idest, aliqua parte hujus anni dares; neque hoc placuit, ut sic aliqua parte dares, ut tamen tibi liberum esset omnibus partibus anni tuo arbitratu dare; ut si una non dederis, reliquæ expectentur. Ex quo intelligitur, illos, cum contra statuerunt, sententiam contrahentium considerasse, eamque ex verbis aliam esse interpretatos, quam verba simpliciter et infinite scripta ostendunt. Voluerunt enim, hoc anno, hoc mense, bis nundinis, sic accipi: ut sententia contrahentium totum hoc tempus integrum reo ad solvendum datum intelligeretur, ut indicatur in §. *in diem, Inst. eod.* Hæc vero contrahentium sententia multis ex rebus colligitur, eaque interpretatio totidem præceptis juris confirmatur. Nam primum si adjectis his verbis, *hoc anno*, nihilominus primo die statim peti potest; nequidquam hoc tempus adjicitur: cum et non adjecto eo idem juris futurum fuerit. Semper autem et in testamentis et in stipulationibus sic accipi debet, quod dictum est, ne frustra dictum aut adjectum videatur: quia id senserit testator; quia senserint contrahentes: quorum incredibile est in re seria hanc cogitationem esse ut nihil agi voluerint. *L. si quando, supr. de leg.* 1. *L. quoties in L. ubi, supr. de reb. dub. L. quoties in infr. eod.* Ex usu quoque loquendi hæc voluntas contrahentium facile perspicitur. Longe enim aliud est, dabis hoc anno? aliud dabis hodie: tantumque inter ista interest, quantum inter annum et diem. Non possunt autem hæc differre, nisi hoc anno sic accipimus, ut non primus dies, sed totus annus completus intelligatur. Quare et hæc quoque sententia ex usu loquentium accipienda est. *L. si servus plurium. §. ult. de leg.* 1. Postremo etsi utraque interpretatione retineretur verbi significatio, nec adjectio anni esset inutilis: tamen huc recte referetur regula juris, quæ in ambiguis stipulationibus servatur: ut dicamus, *hoc anno*, verba esse ambigua, quæ et de cœpto anno accipi possint et de completo. In ambigua autem stipulatione id accipiendum esse, quod stipulatori nocet; ac proinde tempus longissimum. *L. stipulatio, ista, §. in stipulationibus. L. si ita, 12. supr eod.* Unde eveniet, ut quamvis stipulator secundum verba de omni parte an interrogarit; tamen pro commodo promissoris et ipse de anno completo interrugasse, et promissor de eo respondisse intelligatur. Quæ si sententia est superioris stipulationis; duo hinc efficiuntur: primum hanc esse sequendam. *L. semper in stipulationibus, infr. de regul. jur. L. cum qui, prox. supr.* quod et superioribus regulis juris faciendum esse præcipitur. Deinde ex hac interpretatione abunde rationi Sabini, quæ contra stare videbatur, occurri posse. Quod enim dicitur ex stipulatione in diem concepta agi posse, simul atque verum sit die constituto datum non esse: verissimum est. Sed ex superiore interpretatione quemadmodum annus constitutus intelligitur completus et exactus: ita hæc erit conditio petitionis, non simpliciter si hoc anno datum non sit; sed si datum non sit hoc anno completo et exacto. † 3

Constet jam igitur non auctoritate tantum constituentium, sed certa ratione hujus loci sententia, quod hoc anno, hoc mense, illis nundinis, illis Calendis quia stipulatus est, nisi omnibus partibus anni, mensis, nundinarum, Calendarum præteritis peti non posse. Laborat tamen hæc sententia propter ius receptum in legatis annuis. Placet enim, quod in annos singulos legatum est, id non finito quoque anno, sed initio cujusque peti posse, *L. nec semel. supr. quan. d. l. ced. L.* 1. *C. eod.* † Ego etsi judicio nihil esse verius 4 distinctione Bartoli ad hæc concilianda hoc loco ab illo tradita; tamen quia video ipsum duobus doctissimis interpretibus non probasse, Eguinario Baroni ad §. *at si ita, Inst. eod.* et Francisco Duareno ad hunc locum, et fortasse non satis eloquitur Bartolus, aut dicendo efficit, quod vult: putavi non abs re fortunum, si hæc res adversus illorum rationes

nostris verbis explicaretur, et confirmaretur. Primum hoc dico, frustra tentare hæc conciliare eos, qui dissimilitudinem istarum caussarum ex eo statuunt, vel quia aliud ait in annos singulos, seu annuatim legare; aliud legare hoc anno, et deinceps sequentibus: vel quia quod supra scriptis in locis dictum est initio cujusque anni peti posse, de legato dictum sit: quod jus non pertineat ad stipulationes, de quibus hic agitur. Utrum in annos singulos decem legentur, an decem annua, an decem singulis annis, nihil interest, *d. L. nec semel*, *§. novissime*, *supr. quan. d. L. eod.* In omnibus enim hæc sententia exprimitur, ut decem legatarius percipiat non solum primo anno, sed etiam secundo, et tertio, et deinceps sequentibus quod vivet. Ne hoc quidem refert, annua decem legentur, an promittantur stipulatione. Vis annuæ stipulationis eadem, ut ex ea initio cujusque anni pecunia peti possit. Fateor, non satis probatur hæc sententia in *L. eum, qui ita*, *§. qui ita stipulatur, decem, infr. eod. et L. si servus*, 18. *ult. infr. de stip. ser.* quibus locis ad eam rem confirmandam Bartolus utitur. Nam in priore non promittuntur decem annua, idest, decem sæpius, et singulis annis; sed semel decem, quoad vivam. In altero, pecunia quam servus fructuarius operis suis locatis earum nomine in singulos annos stipulatus erat, dicitur in singulorum annorum nomine initio cujusque anni fructuario acquiri. Sed dici potest aliud esse el acquiri, aliud ab eo peti posse: cum pensio totius anni, quæ operarum nomine debetur, non videatur statim exigi posse ob operas nondum præstitas. Esto igitur, his locis superior sententia non probetur, ut quidam putant; attamen hæc pene diserte expressa
5 est in *§. at si ita*, *Instit. eod.* † proponitur quis stipulatus esse decem aureos annuos, quoad vivet. Justinianus ait pure factum obligationem intelligi, et perpetuari. Pure facta obligatio dicitur; non ea, quæ conditionem solum non habet: sed quæ nec conditionem habet, nec diem. Maxime autem Justiniano pura obligatio id significat eo loco, in quo tractat de ea specie persequitur enim illic divisionem a se institutam, qua in *§. omnis, eo tit.* omnem stipulationem fieri proposuerat aut pure, aut in diem, aut sub conditione: et puram a cæteris duabus speciebus separans, aperte eam se intelligere ostenderat, quæ nec in diem esset, nec sub conditione: quod ex exemplo veluti definierat, cum pure fieri dixit: veluti, quinque aureos dare spondes. Sed præcipue in ea specie proponenda hoc se sentire declarat, cum ejus tractationem subjicit ei speciei stipulationis quæ fit in diem: et subjicit per adversativam, his verbis; *At si ita*; Hoc modo enim hanc obligationem ab obligationibus, in diem contractis, de quibus prius dixerat, evidenter separat, et simul declarat eam ne diem quidem in se habere. Quod si ita est, conficitur ex ea confestim agi posse; quod est proprium puræ obligationis: d. §. *omnis, Inst. eod.* et nullum diem ad agendum exspectandum esse, ubi obligatio, nullum diem contineat. † Restat igitur. quod est 6
Tertium, quodque Bartolo recte visum est, ut dicamus, cum quæritur, utrum annus obligationi adjectus obligationem differat, necne, multum interesse, utrum quid legetur promittaturve hoc anno, idest, uno, eoque et semel: an vero singulis annis, idest, pluribus, ac proinde sæpius: nempe idem per singulos annos. Ut si quidem id actum sit, ut semel, et uno anno quid præstatur, obligatio sit in diem, sive ex legati caussa, sive ex stipulatione debeatur. Optima ratione; quia in re quæ etiam anno non adjecto deberetur, non posset intelligi annus adjectus nisi obligationis differendæ caussa. Ex quo etiam illud evenire necesse sit, ut nisi omnibus ejus temporis partibus præteritis pecunia peti non possit, quod hic traditur. Sin quid præstandum sit singulis annis, seu pluribus, et sæpius: jam non tantum si legatum sit testamento; sed etiam si stipulatione promissum, ubique præsens sit obligatio et petitio singulorum annorum: contraria de caussa videlicet, quia appareat in legatis et stipulationibus annuis annos adjectos esse multiplicandæ obligationis caussa, nullo autem modo differendæ. Hac distinctione nihil verius. De qua ut certius possit statui, meminisse oportebit ejus, quod jam supra ostendi in *L. præcedenti*, in definitione stipulationum in diem, nunquam diem adjectum differre obligationem seu petitionem, ubi differendi caussa non adjicitur. Sic enim definitio est stipulationis in diem, ut sit, cum stipulatio fit adjecto quidem die, sed eo, quo pecunia solvatur. Proinde si non adjiciatur, ut eo die pecunia solvatur, non erit stipulatio in diem; eoque et præsens erit obligatio. Argumento certissimo erunt duo genera dierum, de quibus inter omnes convenit. Nam si quis stipulatus sit, hodie sibi dari; constat ex ea stipulatione statim agi posse, tanquam quæ non sit in diem. *L.* 1. *lib. §.* 1. *infr. eod.* nempe quia admonendi caussa hic dies adjicitur, non differendi, ut ibidem traditum est. Item cum promittitur usque ad annos tres, usque ad Calendas proximas, ma

nifestum est hic diem stipulatione comprehendi; nemo tamen ignorat præsentem esse obligationem. *L. obligationum fere, in pr. supr. de obl. et act.* §. *at, si ita, Inst. eod.* Nec quisquam est, qui eo fieri non intelligat, quia is dies non differendæ obligationis caussa adjectus sit; sed constitutæ finiendæ. Idem et de annuo legato, et de annua stipulatione judicandum est. Stipulatus est quis decem singulis annis, quoad vivet, legata sunt decem alicui quoad vivet. Non efficiet annorum adjectio, quominus initio cujusque anni ea decem peti possint; propterea quod anni adjecti sunt, non differendæ obligationis caussa, sed novæ per singulos annos constituendæ gratia. Idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus summam semel tantum deberi, non sæpius. Sunt ergo plures comprehensi anni, ut sciremus id actum esse, ut sæpius, idest, per singulos annos decem deberentur; quod cum actum esse intelligatur, neque potest obligatio esse in diem ex §. *in diem, Inst. eod.* neque debet annorum adjectio quidquam efficere præter propositum et mentem contrahentium, arg. in *L. non omnis, supr. de ob. et ac.* Sed plures annos comprehendi, volumus multiplicandæ ab initio obligationis gratia, idest, novæ per singulos annos constituendæ. Nam si constiterit plures præstationes plurium annorum constitui non multiplicandæ obligationis caussa; sed ejus summæ, quæ ante una erat, aut quam testator unam vellet, in plures annos, aut plures pensiones dividendæ; res dubitationem non habet, quin hic præstatio unius summæ, quam nulla ejus divisione facta semel et statim fieri oportebat, in plures annos differatur. Proinde singulorum annorum pensiones ante exigi non possunt, quam quisque annus præterierit, quo solvi debebant. Finge testatorem unam summam centum aureorum aliqui legare annua, bima, trima die, de quo in *L. si cui legetur*, 481. *supr. de leg.* 1. *et L.* 3. *supr. de an. leg.* Idem est, si stipulatus sim a te centum, et deinde convenerit inter nos, ut ea, divisis trium annorum pensionibus, annua, bima trima die mihi præstares: aut, quod io mensibus idem valet, si convenerit, ut ex ea summa certam summam singulis mensibus mihi præstares, donec tota sors confecta esset. In qua specie Paulus scribit sortis petitionem esse dilatam, ut primi mensis pensio non possit, nisi finito primo mense, peti; eademque sit cæterarum pensionum et mensium insequentium ratio, *L. lecta, vers. igitur. et vers. sed cum sortis, supr. si cer. pet.* Sed hæc tantum fiunt, inquam, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur. Cæterum si ab initio ejusdem summæ plures plurium annorum obligationes constituentur, ut accidit in legatis et stipulationibus annuis; perspicuum est, quod dixi, non posse videri annos adjectos differendæ obligationis caussa, quos apparent alterius rei gratia esse adjectos. Eo fieri, ut singulorum annorum præsens sit obligatio, et ut fit in præsentibus obligationibus, sic in his initio cujusque anni statim pecunia peti possit. Diversum est, cum semel aliquid hoc anno promittitur: ubi cum annus non adjiciatur constituendæ obligationis caussa, palam est eum alterius caussa non adjici, quam promissoris, ut hoc temporis spatio ei solutio differatur. Nam hic annum non adjici ad constituendam obligationem ex eo plus quam manifestum est, quod anno non adjecto, pecunia deberetur non minus: eo adjecto, incipit non minor fieri obligatio, quia peti statim non potest; aut certe dubitari, an minuatur. Et quid si testator leget eodem modo: puta, anno, biennio, triennio post, quam moriar, heres meus dato? non aliud hic servandum est, quam in stipulationibus; ac, nisi exacto anno, biennio, triennio legatum peti non poterit. Idque ita diserte traditum est in *L. quod quis, supr. de obl. et act.* Quo fit, ut non recte ne hic quidem distinguantur ab iisdem illis stipulationes a legatis, quasi in his non idem juris sit. Nam si omissa auctoritate *L. quod quis. supr. prox. tit.* verum ratione exquirendum est, quid dici aliud potest, nisi hoc legatum esse in diem et sententia testatoris differendam esse petitionem? Legatum in diem esse declarat, quod annus adjicitur, quo pecunia solvatur; si modo vera est definitio de stipulationibus in diem tradita in §. *in diem, Inst. eod.* neque enim aliter fit legatum in diem, aliter stipulatio. Tum autem annus iste, qui injectus est solutioni legati a testatore, quæro, utrum utiliter adjectus sit, an inutiliter. Inutiliter adjectum dicere regulæ juris, quæ sunt de interpretatione obscuræ voluntatis, vetant. *L. quoties, in infr. eod.* Quod si non frustra adjectus est, cujus tandem rei caussa adjectus est, nisi præstationis differendæ? aut potius utrius reorum caussa, nisi heredis? nam legatarii caussa adjectum videri, cujus interest legatum sine die et sine ulla dilatione temporis petere, absurdum est. At enim si Stichus liber esse jussus sit anno aut intra annum, post quam testator decesserit, placet eum mortuo testatore statim et in principio anni liberum esse. *L. si ita fuerit libertas, tota, supr. de manum. test.* Non fit

hoc, quia hic libertas testamento relicta est, non promissa: sed quia, ut Bartolus hic recte vidit, etiam in testamento ipso longe alia verborum significatio est, et sententia testatoris, cum heres jubetur dare hoc anno, de quo agimus: ut et de eo promissore, qui promittit hoc anno dare; *d. L. quod quis, supr. prox. tit.* Alia, cum legatarius ipse jubetur capere, et sibi habere hoc anno aliquid; et præsertim libertatem, quæ a testatore recta accipitur, non ab herede: quod lit, cum servus jubetur esse liber. *§. qui autem, Inst. de sing. reb. per. fidei rel.* Nam cum jubetur heres hoc anno dare, annus adjicitur ejus caussa cui solutio injungitur; idest, heredis: aperte enim adjicitur solutioni et præstationi temperandæ. Denique hæc verba, *heres meus illo anno dato*, hoc exprimunt: quacunque parte illius anni dato. Quod heres pro suo jure facere non potest, nisi licet ei etiam postremo anni die dare, ut ante cogi non possit. Cum autem jubetur legatarius ipse capere hoc anno, annus acceptioni et facto legatarii injectus aperte ad utilitatem et potestatem ejus refertur. Ut enim ipse capiat, aut faciat quid hoc aut illo anno, totum ejus caussa comparatum est: et quod supra dixi de prioribus verbis, hoc idem de his posterioribus licet dicere; His verbis, Stichus servus meus illo anno liber esto; vel, illo anno libertatem percipito, testator hoc dicere intelligitur, quacunque parte illius anni liber esto, libertatem percipito. Quibus verbis non obscuro fit ei potestas capiendi etiam initio anni: quoniam et quod initio anni fit, etiam in anno fieri verum est. Mutantur ergo ista non personis aut locis, a quibus, aut in quibus illa constituuntur; sed nec rebus, quæ præstari debent; sed pro voluntate loquentium: quæ voluntas verbis declaratur. Itaque etsi testator ipse libertatem relinquat ita, ut servum liberum esse jubeat adjecto aliquo tempore; si tamen constet verba hoc exigere, ne ante id tempus exactum servus sit liber, ante liber non erit: quod fieri dicitur, cum quis in annos decem liber esse jussus est, in *L. si in annos, supr. de cond. et demon.* In annos enim ita dicitur, ut in diem. Ut igitur dicitur in diem quid fieri, cum ita dies adjicitur, ut ante eum diem pecunia non debeatur, certe non debeatur ita, ut peti possit *L. prox. supr. §. in diem, Instit. eod.* sic recte in annos quid relinqui aut deberi, quod placet ita differri, ut ante eos annos finitos non debeatur, Interdum in decem, aut duos totve annos quid promitti aut relinqui dicitur, quod promittitur et relinquitur pure ac sine mora, sed usque ad annos decem, ut in annos idem sit, quod usque ad annos; ut cum usufructus hoc modo promittitur, vel relinquitur. *L. quæsitum, supra, de usufr. L. si ususfructus, supra, de us. et usuf. leg.* Sed hæc interpretatio in usufructu recipi videtur propter naturam usufructus; quoniam enim hic etiam constitutus temporalis est, ac cum persona fructuarii extinguitur. Fieri autem potest, ut si anni decem, aut quotvis alii constituti expectentur, inutilis sit stipulatio, inutile legatum, quia fructuarius interim decedat: ideo magis convenit hæc verba in annos decem, aut in biennium sic accipi, ut sint tempus, quo finiatur ususfructus ab initio recte et statim constitutus, quam quo suspendatur, et quo incipiat; quo res sit in tuto. *L. ubi, supr. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus, infr. eod.* Est et hæc natura ususfructus, ut constitutus, non sit unius anni, sed plurium et incertorum, nempe omnium, quibus legatarius vivet, nisi tempus certem ei rei definitum sit aut testamento aut pactione. Consentaneum est igitur tempus additum esse ejus reis definiendæ caussa, ne res longitudini legis, aut incertitudini relinqueretur.

Ad L. *Si quis arbitratu.* 43.

Ulpianus *libro L. ad Sabinum.*

Si quis arbitratu puta Lucii Titii restitui sibi stipulatus est: deinde ipse stipulator moram fecerit quo minus arbitretur Titius; promissor quasi moram fecerit, non tenetur. Quid ergo si ipse qui arbitrari debuit, moram fecerit? Magis probandum est, a persona non esse recendum ejus, cujus arbitrium insertum est.

SUMMARIA.

1. *Conventiones et stipulationes, item legata in alienum arbitrium sæpe conferuntur.*
2. *De alieno arbitrio stipulationibus et legatis adjecto duo quæruntur.*
3. *Cur cum in his verbis:* Arbitratu Lucii Titii, aut Quod Titius æstimaverit, *conditio insit, jure cæterarum conditionum hic non utamur.*
4. *Summa hujus juris*, et n. 14.
5. *Legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi, et quæ hujus juris effecta.*
6. *Lectio vera* L. 1. in prin. supr. de leg. 2.
7. *Herede arbitratu Titii monumentum facere sub pœna jusso, si Titius arbitratus non fuerit, pœna non committitur, et cur in hac specie diversum, quam in legato.*
8. *In legatis cur ad cujusvis boni viri arbitrium res redigatur, cum certæ personæ judicium testator elegerit.*
9. *In arbitrium alterius stipulatio collata pro boni viri arbitrio non semper accipitur, et an idem in bona fidei contractibus*, et n. 14.
10. L. in proposita, 78. supra, pro socio, *declaratur.*
13. *Duabus in caussis placet, etsi is cujus in arbitrium res collata est, non arbitretur, promissorem tamen obligari.*
12. L. hæc venditio, supra, de cont. empt. *illustratur.*
13. L. 3. C. de dot. promis. *declaratio.*
15. *In testamentis et rebus creditis jus diversum, si re in arbitrium extranei collata, is sine culpa promissoris non arbitretur: et quæ diversitatis ratio.*
16. *Arbitrance Titio, cujus in arbitrium res confertur, an debeatur quod cautum est, etsi ille iniquum sit arbitratus.*
17. *In Compromissis, quid juris.*
18. *Confirmatur sententia, Titio iniquum constituente, rem ad arbitrium viri boni redigi etiam in strictis judiciis; discussis iis, quæ in contrarium facere videbantur.*
19. L. ult. C. de cont. empt. et pr. L. si merces, supr. loc. *explicatur.*
20. *In arbitrio præsentia contrahentium, an necessaria sit: et quid in Compromisso.*
21. *Arbitrii potestas, an certo tempore inclusa sit.*
22. *Arbitrium finitur morte ejus, qui arbitrari jussus est; secus si vivi conditio mutata sit.*
23. *Arbitrium uno ex contrahentibus mortuo, an extinguatur; et cur diversum in Compromisso.*

1 In negotiis contrahendis multa sæpe, de quibus nobis cavemus, alieno arbitrio, puta Lucii Titii permittimus: ut pretium in emptione; *L. ult. C. de contr. em.* ut mercedem rei locatæ, et operis approbationem in locatione; *L. si merces. L. si in lege, supr. loc.* ut partes societatis in societate, *L. si coita, et seq. supr. pro socio.* Idem iisdem de caussis usitatum in stipulationibus tum dandi tum faciendi. Dandi; ut cum stipulamur dotem soceri aut alterius cujusvis arbitratu. *L. cum post. §. igitur, supr. de jur. dot. L. 3. C. de dot pro.* Faciendi: ut cum stipulamur opus fieri Lucii Titii artificis arbitratu; aut restitui vel rem, vel opus, quod in nostra injuria factum destrui velimus, et cupiamus æstimari a Titio, an recte et integre res vel opus nobis restituatur: quæ species est hujus loci.

Nec minus in testamentis interdum vel legati quantitatis, ut dotis legatæ: vel aliquarum rerum electio; vel operis, ut monumenti effectio in alienum arbitrium confertur. *L. 1. supr. de leg. 2. L. ult. §. 1. C. com.*
2 *de leg. L. 6. supr. de cond. et dem.* † In omnibus hujusmodi tum legatis, tum conventionibus, et stipulationibus de vi et significatione superioris adjectionis duo quæri solent Unum, an non arbitrante Lucio Titio debeatur, quod cautum est, an nihil. Alterum, an arbitrante eo debeatur quod cautum est, etsi ille iniquum sit arbitratus: quod cum ex natura rei, et reliqua tractatione intelligi potest, tum maxime indicatur *d. L. ult. C. de contr. empt. et L. si merces, supr. loc.* Ac de priore responsum est diserte hoc loco, quod quidem valeat ad stipulationes hoc modo contractas. De posteriore significatur tantum: quod tamen ex priore responso per contrarium satis colligatur. Poterimus ad omnes alias caussas hoc responso esse contenti, si quidem alii de hac specie scripti loci convenirent. Nunc autem in aliis caussis diversa prope omnia; nec alia in specie magis vario scriptum videtur. Quæ si cum hoc loco conciliari, et ipsa inter se consentire volumus, necesse est a nobis semel dici de omnibus, quod mihi hoc loco facere constitutum est. Sed cur laboramus, dixerit aliquis, aut cur superiora illa tractantur proprie in hac adjectione? nam in his verbis: arbitratu Lucii Titii, aut quod Titius æstimaverit, constat inesse conditionem, si Titius fuerit arbitratus, si Titius æstimaverit, *L. hæc venditio. supr. de contrah. em. d.*
3 *L. ult. C. eod. tit.* † Cur ergo in hac re non utimur jure et regula cæterarum conditionum quam quidem si sequeremur, ita breviter respondendum fuit: si Titius non arbitrabitur, defecisse conditionem, itaque omnino nihil deberi, *L. cedere. infr. de verb. sig.* Sin arbitretur, ut conditione impleta, pecuniam deberi, et quidem quanta promissa est. *§. sub conditione. Inst. eod. L. a Titio infr. eod.* Hæc lex est de vi conditionalis stipulationis supra a nobis satis exposita ad *L. eum, qui. §. ult. supr.* Cur ergo, inquam hac non utimur, ac necesse est in hac specie laborari? Verbum *arbitrii*, quod hic appellatur, dubitationem facit. Quæritur enim quomodo id accipere debeamus: utrum meram Lucii Titii voluntatem, an arbitrium boni viri, idest, arbitrium quidem Lucii Titii, sed quale boni viri esse solet. Si (1) pro boni viri arbitrio accipitur, nulla conditio est: semper enim certum est, quid vir bonus sit arbitraturus, nempe æquum: nam aliter non sit vir bonus, *L. 1. supr. de leg. 2.* Sin accipitur arbitrium proprium personæ, idest, quod Lucio Titio videtur: erit conditio, in eoque regulam cæterarum conditionum servabimus. Quod si de priore certi aliquid in universum traderetur, poterat et sequens quæstio ac res tota esse expedita. Nunc in quo laboratur, hoc est, quod de priore non idem placet in omnibus caussis, et quod ad difficultatem accedit, ne in iisdem quidem caussis idem servatur arbitrante Titio, quod non arbitrante Sed de re videamus: atque initio hujus juris complectar summam, quæ videtur, ut sit jam a principio constitutum, quod hic teneri oporteat, quod deinceps confirmari et explicari velimus. † Mihi autem hæc videntur: 4
referre, utrum legetur quid alieno arbitratu, an promittatur. Si legetur; arbitrium pro boni viri arbitrio accipiendum esse: eoque nullam inesse conditionem legato, ut quidem id præstetur. Sin promittatur; ejus ipsius personæ quæ appelata est, arbitrium accipi, non viri boni. Proinde et conventioni inesse conditionem, quam sequamur. Hinc fieri, ut in testamentis; sive Titius, cujus arbitrium insertum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper debeatur legatum, et quidem sine mora, ad eum tamen modum, quem vir bonus arbitraretur, idest ad æquum et probabilem modum. In contractibus contra, ut Titio non arbitrante vel quia nolit, vel quia non possit, nihil debeatur, quia conditio defecerit: cum hac exceptione tamen, nisi quatenus etiam in aliis omnibus conditionibus conditione non existente res promissa deberetur. Sin arbitretur Titius; tum committatur stipulatio, quia conditio extiterit: itaque et promissa pecunia semper debeatur, sive ille æquum sit arbitratus, sive iniquum: non tamen præstetur tanta, quantam ille fuerit arbitratus, si aperte iniquum constituerit: sed tanta, quantam non sit iniqu-

(1) *Pinel.* tamen *d. P. 2. Rub. C. 1. n. 5.* nec valere ut pretium declaretur a bono viro in genere, non facta relatione ad judicem, certamve personam, per *d. L. 25. pr. d. L. ult.* Et *n. 6.* invalidam esse emptionem sub forma duorum eligendorum a contrahentibus 1.° ab emptore 2.° a venditore, (in quo diff. cum communi Fac. 2. *contr.* 1.) Nec conveniri posse ut unus contrahentium eligat tertium qui pretium definiat.

um præstari ; atque hactenus ejus arbitrium etiam in contractibus ad boni viri arbitrium redigatur. Hac distinctione nihil puto verius. In cujus summis partibus mihi cum Bartolo hoc loco convenit : (Bartolum hic cum dico, reliquos interpretes intelligo, qui distinctionem ab illo hic traditam, magno consensu paucis admodum exceptis secuti sunt) in partium singularum distinctione et ratione explicanda cum illis convenit. Ac mihi quidem superior distinctio non tam confirmationis accuratæ egere videtur, quam enodationis. Non enim sunt obscuri loci, quibus singulæ partes a veteribus illis probentur: sed attentione et judicio opus est ad membra ipsa recte distinguenda. Quæ cum omnia videantur uni rationi subiecta, si his jus diversum affingimus: mirum, ne videantur potius oppugnare ipsa sese, et mutuis vulneribus concidere. Ac similiter partium moti nonulli etiam distinctionem ipsam superiorem rejecerunt. Conabor igitur totam istius juris rationem ita expedire, ut intelligatur, non solum singulas partes placuisse juris nostri auctoribus, sed etiam illud, quamobrem et quam recte placuerint. Et inter omnes interpretes, paucis admodum exceptis, convenit, et recte convenit, aliud hic servari in testamentis, aliud in contractibus.

5 † De testamentis ita scribit Ulpianus in *L.* 1. *supr. de leg.* 2. placet in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri, arbitrio accipi. Inde colligit neque conditionem inesse legatu, neque moram: quæ enim inquit, mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit? Hæc omnia eo spectant, ut efficiatur, legatum in alterius arbitrium collatum semper deberi, sive is, cujus arbitrium comprehensum est, non arbitretur, sive arbitretur, sed iniquom. Deberetur enim citra controversiam, si nulla esset conditio : nullam autem esse volumus. At enim in hoc legato hæc circumscriptio est, Quod vir bonus arbitrabitur ; in quo etiam inest hæc conditio. Si vir bonus arbitrabitur. *L.* 6. *sup. de leg.* 1. Ita est: sed hæc verbis et figura orationis conditio est : re vera non est. Quæ conditio omni modo exstituta est, ea pro conditione non habetur. *L. quod si eo, supr. de cond. ind. L. si pupillus, §. qui sub. infr. de novat.* Semper autem certum est, virum bonum arbitraturum esse, quo alteri prosit, nemini noceat, ut definitur officium viri boni a Cicerone *lib.* 3. *de offic.* Sed nec quemquam privatum eo nomine adiri necesse est: quia quid vir bonus, si consulatur, arbitraturus sit, certum est: arbitrabitur enim æquum, ut dixi : hoc vero certum. Nam et ratione naturæ, et jure certo continetur : quale expositum est in specie superiore in *d. L.* 1. *de leg.* 2. *et L. si filiæ pater. supr. de leg.* 3. et ut nunc forte ab imperitis juris id ignoretur, non eo tamen magis ea ignorantia rem differt. Quæ enim per rerum naturam certa sunt, ea non morantur obligationem, etiam si apud nos incerta sint, ut est in *§. conditiones. Instit. eod.* Hæc sententia generalis est, et ad omnia legata et fideicommissa, quibus quid alieno arbitrio relinquitur, pertinet. Itaque etsi testator ita expresserit : illi centum, si Titius arbitratus fuerit: nihilominus legatum boni viri arbitrio commissum intelligendum est. Proinde et non arbitrante Titio pariter debebitur. Hoc Bartolus et alii vulgo negant. Non recte: nam et cum testator legat quid arbitratu nam et cum testator legat qui arbitratu Lucii Titii, non minus et hæc conditio inest, Si Titius arbitratus fuerit. Quapropter etsi testator hanc conditionem expresserit ; idem juris futurum est, quoniam et hic non alia conditio est. Tum autem et hac conditione expressa verum est legatum in alterius arbitrium conferri : semper autem tenebimus definitionem Ulpiani : In testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi. Nec vero male ad hoc confirmandum adhibebitur, quod de legato in arbitrium heredis, expressa hoc modo conditione, collato scriptum est in *L. si sic. supr. de leg.* 1. *L.* 11. *§. quamquam, sup. de leg.* 3. Nam si testator ita leget illi fundum: si heres arbitratus fuerit, si existimaverit, aut similibus verbis, non solum illis locis traditur hic legatum omnino deberi : sed etiam ratur debeatur, ea est addita ratio, quæ ad eandem conditionem in personam cujusvis extranei collatam pertineat. Observandum est enim non dici hujusmodi legatum utile esse, etiam herede non arbitrante, quia per eum, cujus interest conditionem usu impleti stet, quominus impleatur, ut vulgo ejus responsi rationem expediunt. quanquam et hoc per se verum est : sed quia his verbis legatum heredi ut viro bono commissum sit, non in meram ejus voluntatem collatum : quæ ratio, ut dixi, non minus et ad extraneos pertinet : est enim plane similis illi *L.* 1. *de leg.* 2. qua dicitur legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi ; qua tamen Ulpianus utitur conditione non in heredem, sed in tutores, id est, in estraneos collata. Quid autem hi, qui contra sentiunt, pro contraria sententia afferant, notum est ex ipsorum scripsit et ad hanc *L. et ad L.* 1.

supr. de leg. 2 neque admodum refutatione indigent. Decepit eos lectio *d. L. 1. de leg.* 2. ubi vulgaris lectio hæc fuit in principio: *in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio non potest*, quæ verba sic acceperunt: non potest conferri, veluti conditio, id est, ita, ut arbitrium conditionaliter exprimatur.

6 ✝ Sed neque ratio sequens huic sententiæ satis convenit; et contraria est, et vera Pandectarum Florentinarum lectio hæc: *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest.* Potest veluti conditio, id est, ita, ut solet conditio in alterius arbitrium conferri: tacite nimirum, ut in hac conditione accidit, si Titius Capitolium ascenderit. *L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* Sed de sententia illius loci dicendum est. Illud in superiore definitione diligenter notandum est, non dici, arbitrium alterius quacunque in caussa, et quandocunque appelletur a testatore, pro boni viri arbitrio accipi; sed accipi isto modo legatum seu fideicommissum in alterius arbitrium collatum. His enim verbis constanter definitio concepta est, cum in *L. 1. de leg.* 2. tum in *L. si sic, de leg. 1. et L. 11. §. quanquam, supr. de leg.* 3. Recte: hoc enim de legatis et fideicommissis omnibus recte dicitur, si in alterius arbitrium collata sunt, hæc pro boni viri arbitrio accipienda, ut sic præstentur. Neque hinc ullum genus legati in alienum arbitrium collati excipiendum est, sive pœnam a testatore adiunctam habeat, si arbitratu alterius non fiat, quod testator jussit;

7 sive non habeat. ✝ Sed non idem probandum est, si quid testator non leget, sed heredem modo facere jubeat, quod non referatur ad alios, sed ad ipsum solum, quia ad sensum ejus et affectionem pertineat. Cujusmodi est, si jubeat ab herede sibi fieri monumentum arbitratu Lucii Titii, cujus prudentiæ nimirum et amicitiæ plurimum confidat: et nisi pœnam testamento adiiciat. Nam in hac specie placet, Titio non arbitrante, nullo modo pœnam committi. L. 9. *sup. de cond. et dem.* Unde intelligimus non arbitrante Titio, nec si heres arbitratu boni viri monumentum non faciat, eo magis pœnam deberi: sed solum id quanti monumentum secundum substantiam et dignitatem defuncti exstrui debet. In quam rem magis extra ordinem, quam actione ex testamento teneatur. *L. in testamento. 27. in fin. supr. de cond. et dem. L. hereditas. §. 1. supr. de pet. hered.* Differentiæ ratio est, quod in his quæ ad alios pertinent, est aliquid quod legatario conveniat, quod testator cupiat æquitate, et ratione certa, cum ex legatarii persona, aut meritis, tum ex suis facultatibus æstimari: ideo ad eam rem judicio boni viri est opus. In iis autem, quæ ad affectionem solam testatoris pertinent, quale est, ut monumentum illi hac, aut illa forma, atque hujus potius, quam illius arbitratu extruatur: nihil aliud quam hanc ipsam affectionem, idest, certam illum formam, quam præscripsit, tum personam cujus judicium placuit, sequi possumus aut debemus. ✝ Sed cum etiam in legatis a 8
proprietate verborum recedendum non sit, nisi cum appareat aliud sensisse testatorem: *L. non aliter, supr. de leg.* 3. in his autem verbis arbitratu Lucii Titii, conditio non ad arbitrium cujusvis, sed certæ personæ referatur: cur ab ea persona discedimus, et rem transferimus ad alios viros bonos? nempe quia testator id sensisse intelligitur. Nam arbitrari non est velle: sed re expensa et cognita dicere, quod sit æquum, vel quod æquum putes. Unde qui Judices ita adeuntur, ut ex æquo et bono, quod ipsis videatur, judicent, appellantur arbitri, sive in judicio Judices sint, sive ex compromisso sumpti. Hinc conjectura voluntatis facta est, quasi testator æquitatem magis quæsierit in hoc legato æstimando, quam personæ voluntatem: idest, quasi Lucii Titii arbitrium expresserit, quod putaret eum melius et certius æquum expedire posse, et velle, quam alium. Cæterum si hic non posset, aut nollet arbitrari, non minus vellet testator rem referri ad alios bonos viros, qui eodem modo æquum dicturi sint. Nam qui Lucium Titium elegit propter æquitatem prætulit: quæ si eadem est in omnibus bonis viris, conveniens est liberalitati testatoris existimari, hanc ipsum spectari voluisse, ut legatum conservetur; de quo etiam amplius paulo post. Vera est igitur et perpetua Ulpiani definitio ex *L. 1. de leg.* 2. in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum his verbis, Arbitratu Lucii Titii, aut si Lucius Titius arbitratus fuerit, pro viri boni arbitrio accipi: atque ita accipi, ut sive arbitretur Lucius Titius, sive non arbitretur; utile tamen sit legatum pro æstimatione viri boni: quia in legato nulla fuerit conditio, nulla mora. ✝ 9
Sed addidit ille, *in testamentis.* Non recte, si extra testamenta quoque sic uspiam accipitur. Et vero non idem servatur in contractibus, ne his quidem, qui sunt bonæ fidei. Non quid aliquando in contractibus arbitrium Lucii Titii non redigatur ad arbitrium boni viri: sed quod non possit dici in universum in his conditionem in alterius arbitrium collatam pro boni viri arbitrio ac-

cipi; quia non semper accipitur, neque omni modo, ut in testamentis: non enim accipitur si Titius non arbitretur. Et omnino ita statuendum est: cum quid promissum est arbitrio sive arbitratu Lucii Titii, ut dos, ut rem re titui, de quo hoc loco: non arbitrante Titio nihil debetur; sive ideo non arbitretur ille, quia non possit: sive ideo, quia nolit. De eo, quod stipulatione promissum est, scriptum est hoc loco non obscure. Id enim valet, quod dicitur, si Titius in arbitrando moram fecerit, et quæratur, an promissor teneatur, magis probandum esse a persona Titii recedendum non esse. Si ab ejus persona non receditur, non spectabimus, quod alius arbitretur, quamvis vir bonus, ut sic eo arbitrante stipulatio valeat, sed solum quid Titius, cujus arbitrium insertum est. Unde fit, quod sequitur in *L. sequen.* ut eo non arbitrante, tanquam conditione deficiente promissor non teneatur. Sed fortasse non idem servabitur in bonæ fidei contractibus: idque ita esse quis dixerit, quia in *L. in proposita, 78. pro. soc.* scriptum est in quæstione illic posita arbitrium boni viri sequendum esse: eo magis, quod judicium pro socio bonæ fidei est. Imo et de his judiciis constanter, nec minus aperte idem a veteribus constitutum legimus: de societate in *L. si coita, 75. pro soc.* de emptione et locatione in *L. ult. Cod. de con. empt. et L. si merces, supra, loc.* non enim quemquam movere debet, quod duobus posterioribus his locis agatur de eo, quod venditum, aut locatum est his verbis, *quanti Titius æstimaverit.* Nam inter hæc nihil interest, quanti Titius putaverit, quanti æstimaverit, quantum fuerit arbitratus. *L. fideicommissa, 11. §. quanquam, supr. de leg. 3. in d. L. si merces.* Promittere mercedem alieno arbitrio; et promittere mercedem quanti Titius æstimaverit: solum hac re distinguuntur, quod illic promittitur merces generaliter alieno arbitrio, hic specialiter, et designata certa persona arbitrantis: cæterum utrobique alieno arbitrio promitti significatur. Et vero, si verba spectemus, ita statui necesse est. Ut enim jam dixi, hæc verba *arbitratu Lucii Titii,* conditionem habent, si ille arbitratus fuerit, si æstimaverit, ut indicant *d. L. si merces, loc. et L. ult. C. de contr. em.* Valent enim perinde ac si dictum esset, eo modo quo ille arbitrabitur, vel quantum illi arbitrabitur, quæ oratio similis est illi. Stichus *qui meus erit*, cum moriar. Hanc autem sic accipi constat, si meus erit, cum moriar. *L. 6. supr. de leg. 1.* Jam quæ sit conditio, apparet: hoc continet nimirum, si Titius arbitretur: si Titius, inquam: non si alius. Nec dici potest Titium esse arbitratum, si alius sit arbitratus, quantumvis vir bonus. Quapropter Titium non arbitrante conditionem obligationis deficere, ac deficiente conditione nihil deberi certum est. Neque vero hæc alia conditio est in stricti juris, alia in bonæ fidei contractibus; proinde et hujus in bonæ fidei contractibus eandem vim esse necesse est. † Nam quod dicitur in *d. L.* 10 *in proposita, pro soc.* arbitrium boni viri sequendum esse, eo magis, quod actio pro socio bonæ fidei est; non simpliciter dicitur, sed additur: in proposita quæstione. Erat autem proposita quæstio in *L. societatem præced.* de eo cujus arbitrio ita partes societatis commissæ erant; ut jam ante etiam partes constituisset. In qua specie recte dicitur boni viri arbitrium esse sequendum; non etiam tunc, cum omnino Titius non est arbitratus, ut postea dicemus. † Sane quod di- 11 citur Titio non arbitrante in proposito nihil deberi, cum ea exceptione accipiendum est, quæ omnium conditionum, et omnium obligationum est communis. Ea est autem, ut conditio quamvis non impleta, tamen pro impleta habeatur, et promissor obligetur, si per eum fiat, quominus impleatur. *L. in executione, §. ult. infr. eod. L. in jure, infr. de reg. jur.* Ad hanc rationem referri debet, quod legimus interdum, etsi Titius in cujus arbitrium res collata est, non arbitretur, tamen promissorem obligari. Id enim duabus in caussis placere animadvertimus: quarum utraque istam ipsam rationem habere reperitur. Una caussa est, cum per promissorem fit, quominus Titius arbitretur: quæ sententia ex hoc responso colligitur. Cum enim dicitur, cum stipulator moram fecit, quominus arbitretur Titius, promissorem, quasi moram fecerit, an teneri; his verbis, *quasi moram fecerit,* ratio inclusa est, cur promissor non teneatur, nempe hæc: quia dici non possit eum moram fecisse, quominus arbitraretur Titius. Itaque hac cessante; vel potius contraria caussa, idest, mora promissoris interveniente, contrarium jus relinqui intelligitur. At hæc exceptio aperte superiore illo jure nititur, quod promissore curante, ne conditio existat, perinde haberi debeat, quasi conditio extitisset. Altera caussa est, cum conditio arbitrium continens in ipsius promissoris arbitrium collata est. † Servus 12 venditus est hac conditione: si rationes domini, ejusdemque venditoris computasset arbitrio. Placet venditionem valere, etsi dominus potuit rationes accipere, nec accepit; vel accepit, et fingit se non acce-

pisse: quasi magis in viri boni arbitrium id collatam sit, quam domini. *L. hæc venditio, supr. de cont. em.* An quod constituitur id in emptione, qui bonæ fidei contractus est; in contractibus autem bonæ fidei similiter ut in testamentis arbitrium alicujus obligationi insertum ubique pro viri boni arbitrio accipere demus? imo recte Bartolus: quia, inquit, conditio in arbitrium unius ex contrahentibus, nempe debitoris collata est. Quæ res facit, ut si conditio non existat, ipse promissor sit in culpa; quia scilicet eum possit, non arbitretur: atque hoc cum accidit, toties conditio pro impleta habetur. Hujus rei certissimum argumentum est, quod ubicunque promittitur quid alterius arbitrio, quam promissoris, quamvis in bonæ fidei contractu id fiat: toties placet non arbitrante extraneo nihil agi, ut non in stipulatione tantum: sed et in societate, venditione, locatione supra dilucide probavimus. Contra vero ubicunque res confertur in arbitrium promissoris, etiam si stipulatione id fiat, non in contractu bonæ fidei: toties placet etiam detracto arbitrio pecuniam deberi, quasi viri boni arbitrium stipulationi insertum esset. Ut de dote ita promissa, quodcunque is qui promisit, arbitratus fuisset. et responsum et constitutum est *L. cum post. §. gener. sup. de jur. dot. L. 3. C. de dot. pro.* Quorum utrumque contra dicendum fuit, si quod in superiore specie servi venditi placet, venditorem etiam non arbitrantem omni modo teneri. hujus juris causam in eo esse volumus, quod in emptione talis conditio incidisset, quæ in alienum arbitrium conferretur: ac non potius in eo, quod collata esset conditio in arbitrium venditoris. qui servum ex empto debuit. Sed cur superiorem rationem argumentando adstruere conamur potius, quam ex ipsius Ulpiani verbis petimus in *d. L. hæc venditio, de contr. empt.*? Hæc vero ab illo pene disserte expressa est, et quidem altera, quæ ex genere contractus ducitur, repudiata. *Si igitur*, inquit, *rationes potuit dominus accipere, et non accepit; vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emptionis est; et ex empto venditor conveniri potest.* Potest ergo venditor conveniri, quia impleta conditio emptionis est. Non ergo quia hic fuit emptio; sed quia in emptione conditionali talis conditio, quæ sit impleta. At cur impleta; aut quomodo? *si*, inquit, *dominus rationes non accepit, aut fingit se non accepisse.* Quod plane idem est, ac si diceret ideo impletam, quia per eum stet, quominus impleatur, dum rationes non accipit, aut his acceptis tergiversatur. Cur ergo hanc rationem aperte, et statim non posuit, aut cur hac sola non fuit contentus: sed primo ut probaret hic emptionem valere, hac ratione usus est, ut diceret veteribus placuisse magis in boni viri arbitrium conditionem collatam videri, quam domini? quia proposito magis convenire videbatur. Hac enim conditione posita, si servus rationes computasset domini arbitrio, dubitabatur, an venditio valeret; quoniam sub hac conditione, si promissor voluerit, nulla contrahitur obligatio. *L. sub hac, supr. prox. titu.* quod et ipse Ulpianus initio ejus capitis disseruerat. Et ille hanc dubitationem statim removens, docet nihil tale in proposito esse metuendum, quia res non conferretur in nudam voluntatem venditoris, ut hactenus solum obligaretur, quatenus vellet; sed conferretur in ejus arbitrium tanquam boni viri. Hæc vero ratio non modo inferiorem illam, quæ apud Ulpianum subjicitur, non excludit: sed ita est cum illa conjuncta, ut ex illa efficiatur. Nam si is arbitretur, cujus arbitrium insertum est, receptum est in omnibus contractibus, nec minus etiam tum, cum extranei arbitrium comprehensum est, ut arbitrium ejus ad boni viri arbitrium redigatur; ut paulo post dicetur. At in proposito perinde habetur venditor, quasi esset arbitratus hoc ipso, quod conditio non impleta; tamen eo rationes non accipiente et probante pro impleta habetur. Ex quo efficitur arbitrium ejus pro boni viri arbitrio haberi in utramque partem, id est, sive arbitretur re vera, sive non arbitretur. † Sic et in *L. 3. C. de dot. pro.* 13
in illa stipulatione, *dotis nomine dabis, quodcunque fueris arbitratus*, non ob aliam caussam tenetur promissor arbitrio detracto, quam quod ipso non arbitrante conditio pro impleta habetur. perinde, quasi esset arbitratus. Sed ideo illic hæc ratio redditur, quod videatur boni viri arbitrium stipulationi insertum. quia ad præcipuam ejus caussæ dubitationem removendam pertinebat. Occurrebat enim statim, quod dos sine certa quantitate promissa esset; quod cum fit, toties stipulatio nullius est momenti. *L. ita stipulatus, infr. eod.* Proponiturque hæc dubitationis causa satis aperte in *d. L. 3.* sed multo apertius in eadem specie à Papiniano in *L. cum post, §. gener. supr. de jur. dot.* Negat ergo illic Papinianus in proposita stipulatione incertam quantitatem dotis videri, quia intelligi possit ex circumstantiis personarum, quanta dos marito constitui debeat: idem efficitur illa ratione, cum dici

tur hic v deri boni viri arbitrium stipulationi insertum. Sic enim certa erit dotis quantitas. si ex boni viri arbitrio res pendetur: qui id arbitraturus sit. quod sit æquum; idque ipsum ex facultatibus promittentis, et ex dignitate mariti facile statuet, ut hinc rem æstimandam esse Papinianus scribit in *d.* §. *gener*. Sed unde arbitrium hoc boni viri insertum intelligamus, si quæratur: non aliud respondere poterimus, quam id quod supra: ideo nimirum fieri, quia cum in arbitrium promissoris res collata sit, semper probetur ipso arbitrante arbitrium viri boni sequendum esse. Quod tunc etiam fieret, cum res collata esset in arbitrium extranei, et is de re constituisset. Ergo et nunc non arbitrante promissore, idem juris esse necesse est: quia conditio, quæ ipso non arbitrante pro impleta habetur, facit, ut perinde sit, quasi esset arbitratus. Nihil igitur affertur,

14 cur non rata sit superior sententia: ✝ cujus hanc summam esse volumus. In contractibus non tantum stricti judicii, ut stipulatione; sed etiam bonæ fidei, ut emptione, locatione, societate, si obligatio in alterius arbitrium collata sit, valere quidem id quod geritur; sed contrahi obligationem sub conditione ita, ut si ille cujus arbitrium comprehensum est, non arbitretur, nihil agatur. Hoc tamen ita, si in extranei arbitrium collata res sit: aliter, atque si in arbitrium promissoris: qui sive arbitretur, ut conditione vere impleta obligatur: sive non arbitretur; tamen ideo tenetur, quia fecit non arbitrando, ut perinde sit, quasi arbitratus foret, atque hoc modo esset conditio impleta. Hinc fieri, ut semper hoc casu arbitrium debitoris pro boni viri arbitrio accipiatur: quia si is vere arbitratus esset, hoc ipsum viri boni arbitrium sequemur. Quam quidem partem si spectemus, recte dicturi simus hactenus similes esse bonæ fidei contractus legatis. In quibus legatum vel fideicommissum ita relictum: si heres æstimaverit, si arbitratus fuerit, et similibus verbis: placet semper deberi, quasi viro bono commissum. *L. si sic. de leg.* 1. *L.* 11. §. *quanquam, supr. de legat.* 3. Sed non est, cur hoc tribuamus solum contractibus bonæ fidei. Nam et in stipulatione idem juris est, si erit in arbitrium promissoris collata, ut postea dicetur. Ut generaliter probandum sit et in testamentis, et in contractibus, neque his tantum bonæ fidei, sed etiam stricti juris, quod arbitrio debitoris commissum est, pro boni viri arbitrio accipi; ut debeatur pecunia omnimodo, sive ille arbitretur, sive non arbitretur: utrobique tamen pro boni viri arbitratu. Quanquam ne hic quidem quod quam proprium est hujus conditionis de qua agimus: sed efficitur ex eo, quod pertinet ad omnes conditiones. Sic enim jus est, ut si per promissorem fiat, quominus conditio impleatur, toties habeatur pro impleta. ✝ 15

Quod si res in arbitrium Titii extranei conferretur, de quo potissimum nunc quærimus, quæque sola vere conditio est, et is sine culpa promissoris non arbitretur: hoc loco necesse est manere illam differentiam, quam in hac parte statuimus inter legata et res creditas; ut illic etiam non arbitrante Titio legatum debeatur ex arbitrio boni viri, quod illic accipimus: hic res promissa non debeatur, quia in hoc genere non accipiamus arbitrium cujusvis boni viri, sed Titii: ut proinde consequens sit eo non arbitrante deficere conditionem. Sed occurritur nobis hoc loco. In testamentis legatur quid arbitratu Lucii Titii: in contracto promittitur et constituitur quid itidem arbitratu Lucii Titii. nempe totidem verbis. Et quomodo in eadem conditione iisdemque verbis alia verborum significatio in testamentis, alia in contractibus esse potest? Et siquidem ex verborum significatione esset superior distinctio, verendum esset, ne in eo pugnantia dicere viderentur veteres. Nunc autem ne id metuamus, ajo utrobique et in testamentis et in contractibus, his verbis, *arbitratu Lucii Titii*, nihil aliud contineri, nisi ut Lucius Titio arbitretur: ac si non arbitretur, ajo conditionem verborum deficere. Etsi enim concedo Lucii Titii arbitrium id continere etiam vi verbi, ut arbitretur tanquam vir bonus, id est, æquum: tamen hoc saltem verbum exigit, ut prius arbitretur Titius: neque si arbitretur alius, verum erit Titium arbitrari. Unde igitur hæc distinctio? ex sententia eorum, qui his verbis usi sunt, quæ in verbis quidem eorumque significatione non est semper; ex eo tamen, quod scriptum est, colligitur, servaturque non minus, quam si verbis esset expressa. Hanc vero iisdem verbis positis aliam in testatore intelligi, aliam in contrahentibus nihil prohibet: quod in hac re plane accidit. In testamentis hac adjectione, *arbitratu Lucii Titii*, non alia exprimitur conditio, quam hæc, si Lucius Titius arbitratus fuerit. Sed quia *arbitrii* verbum significat Lucii Titii arbitrium, quatenus æquum est, et arbitrio boni viri convenit; ex eo quod verba significant, sententiam testatoris interpretamur latius, atque hanc fuisse colligimus, ut si ex eo arbitrio Titii, quod æquum est, legatum deberi voluit: existimetur et quacunque alia conditione deberi voluisse, qua arbitrium

æquum efficiatur: quod fit, rem boni cujusvis viri arbitrio in totum committendo. Exemplu erit, cum quid filiufamilias relictum est sub conditione, Si morte patris sui juris fuerit effectus, et is a patre emancipatus fuerit: aut contra relictum sub conditione, Si a patre fuerit emancipatus, et is morte patris, aut deportatione sui juris factus sit. Nam in utraque specie placuit legatum deberi. *L. fideicommissa*, 11, §. *si cui*, *supr. de leg.* 3, *L. mulier*, *supra*, *ad Trebel*. *L.* 3. *Cod. de institut. et substitut.* Atqui neutrubi conditio adscripta re vera exstitit; nam neque emancipatio mors est patris; neque mors aut deportatio patris est ejus emancipatio. Sed ex conditione adscripta voluntas testatoris intellecta est. Ideo enim voluit legatarium prius quam dies legati cederet, sui juris fieri, ut sic legatum sibi, non patri acquireret. Nihil autem ad sensum ejus interest, utrum legatarius morte patris sui juris fiat, an deportatione, an vero emancipatione; aut e converso. Hanc sententiam cognitam sequimur. Hæc eadem legatum et conditionem facit, ut declaretur in *d. L. mulier*, illic, *decrevisse igitur*, ad Trebel. Hinc quamvis alia conditio extiterit in proposito, quam quæ verbis expressa est; dum tamen una aliqua sit ex iis, quibus existentibus legatarius fiat sui juris, dicitur videri conditionem legati extitisse in *d. L.* 11. §. *si cui*, *de legat.* 3. In contractibus autem quoties una aliqua conditio verbis expressa est, sic in ea consistimus: ut si ea defecerit, nihil debeatur, etiam si alia extiterit, quæ natura aut jure idem efficiat. Ut puta, dedit quis dotem, et dationi legem dixit, ut si morte solutum esset matrimonium, dos sibi restitueretur. Placuit si divortium factum esset, dotem reddi non debere: etsi maxime divortio eodem modo matrimonium solveretur. Idemque e converso dicendum est. *L. si cum dotem*, *supr. solut. matr.* Hoc iden, non tantum quia verba eam conditionem alteram non exprimant; sed etiam quia sententia contrahentium repudiet. Contrariæ voluntatis conjectura in testatore et contrahentibus ex circumstantiis personarum, et eo quod agitur, ducitur. Aliter animo affectus est testator legando, aliter in negotio gerendo contrahentes. Quia enim testator legando liberalitatem exercet in eum, ad quem cupiat beneficium suum pervenire; et id statuit, post quod aliud velle non potest; ideo credibile est cupere eum, non solum ut voluntas sua quacunque ratione exitum habeat, sed etiam ut legatum quam plenissime accipiatur, quoad ejus patitur significatio voluntatis. Inde dictum, in testamentis plenius testantium voluntates nos interpretari. *L. in testamentis*, *infr. de regul. jur.* In contractibus, in quibus de uno obligando agitur, hæc debitoris mens esse creditur, ut ultra quam verba contractus eum tenent, nolit obligari: neque enim quisquam existimatur facile suum jactare, ut est in *L. cum de indebito*, *vers. sin vero*, *supr. de prob.* Ex ejus vero consensu cum res præcipue pendeat: eu fit, ut in his quæ verbis contrahentium caventur, ultra quam verbis ab illo cautum est, non progrediatur obligatio; usque adeo, ut etsi quid contineatur verbis cautionis, si tamen ambigua oratio sit, orationem contra creditorem interpretemur. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *supr. eod.* Hæc de proposita quæstione dicta sunt, cum Titius cujus arbitrio a contrahentibus res commissa erat, arbitratus non est. † 16
Quod si arbitratus erit; ut conditione impleta jus mutari necesse est: promissor tenebitur videlicet. Sed an ita, ut quemadmodum in cæteris conditionibus accidit; sic et in hac caussa, conditione existente, pecunia quantam Titius constituit, tanta debeatur tanquam promissa? Et de hac parte hæc juris summa est: placere Titio, cujus arbitrium comprehensum est, arbitrante, ut conditione impleta pecuniam deberi; sed hactenus, quatenus ille æquum constituit, et ut virum bonum constitnere oportuisset. Quod si aliter arbitratus erit, hic servari idem, quod in testamentis, ut ad boni arbitrium res redigi debeat. Hoc receptum esse in bonæ fidei contractibus, ut constat ex *L. societatem*, 76, *et L. in proposito*, 78, *supr. pro soc.* sed nihilominus valere et in stricti juris judiciis. Nam et hoc tunc receptum est, cum libertus juravit dare se tot operas, quot patrunus arbitraturus sit. *L. si libertus*, *supr. de op. lib.* Quod si adversus patronum observatur, et in operis, quas tamen libertus naturaliter debet patrono: *L. si non sortem*, §. *libertus*, *supr. de condict. indeb.* multo magis et aliis in rebus observabitur, et adversus alios. † In hoc numero non esse compromissa: in his sic a persona arbitri non recedi, ut sive æquum, sive iniquum dixerit, parere debeant hi, a quibus ex compromisso sumptus est. *L. diem*, §. *stari*, *L. in compromissis*, *supr. de recep.* dicta *L. societatem*, *in fin. supr. pro soc.* In his illa obscuram rationem non habent. Primum quod placet Titiu arbitrante promissorem obligari, sive ille æquum sit arbitratus, sive iniquum; quippe hoc modo conditio, quæ illis verbis, arbitratu Lucii Titii, inerat, exstitit: et 17

certi juris est existente conditione omnem stipulationem committi. §. *sub conditione. Inst. eod.* Deinde quod placet in compromissis pœnam deberi, si quis sententiæ arbitri non pareat, sive æqua sit, sive iniqua. Nam et hoc convenit verbis stipulationis pœnalis, qua pœna simpliciter ita promittitur, si quis non steterit arbitri sententiæ; et est ex sententia litigatorum maxime: a quibus sic itur ad arbitrum, ut ille sententiam dicat, et ejus sententia ab omni controversia discedatur. *Pomponius*, §. *recepisse*, *L. qualem*, §. 1. *l. quia tamen*, *supr. de recep.* Quod nunquam fiet, si hæc etiam nunc defensio adversus ejus sententiam relinquetur, ut liceat dicere ipsum iniquum dixisse, et hac ratione sententiam ejus infirmare.
18 † Illud explicatione indiget, et maxime propter superiorem distinctionis partem distinctionis partem incidit in difficultatem, quod placet, Titio iniquum constituente, rem redigi ad arbitrium viri boni, et quidem in strictis judiciis. Primum enim hic quæritur, unde hoc arbitrium contineri intelligamus, cum nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat. Deinde si quis superioribus verbis hoc arbitrium in hac parte contineri dixerit, qui fit, ut Titio non arbitrante idem arbitrium contineri negemus: cum in utramque partem eadem sit conditio, idemque arbitrium exprimat, sive illa existat, sive non existat? cur non potius aut neutrubi arbitrium boni viri spectandum esse dicimus, aut statuimus in priore parte itidem id sequendum, ut in posteriore? Tum autem ut nihil obstent præcedentia; tamen vel ipsa conditio stipulationis facere videtur, ut quod Titius arbitratus est, totum præstari debeat: scilicet quia promissum est. Sic enim vis est stipulationis conditionalis, ut cum conditio extitit, pecunia quæ promissa est, debeatur, et quidem quanta promissa est. *L. a Titio, infr. eod.* et quod de pœnali stipulatione traditur, id transferendum est ad omnes alias conditionales, ut conditione existente solum inspiciendum sit, quæ sit conditio, quæque quantitas stipulationis, *L. stipulatio ista*, §. *alteri, in fin. supra, eod.* Postremo quo magis negemus Titio etiam arbitrante a persona ejus recedi, et boni viri arbitrium sequendum esse, facit *L. ult. C. de cont. empt.* et *L. si merces, supra, loc.* in quibus scriptum est, si Titius, cujus arbitrio pretium in emptione, aut merces in locatione commissa erant, pretium aut mercedem definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem et pretium et mercedem persolvi debere, et contractum ad effectum pervenire. Hæc, inquam, nobis explicanda sunt. Et adversus priora omnia una maxime efficax responsio est, si quod placet Titio arbitrante rem redigi ad arbitrium boni viri, si ille iniquum constituerit, dicamus eo fieri, non quia verba id significent; sed quia id actum esse intelligatur, quod significatur in *L. si libertus, supra, de op. lib.* prius tamen id efficiendum est, hoc actum videri, cum vir bonus nominatus non sit: sed certa tantum persona. Et quamvis non significetur hæc sententia verbis: colligitur tamen ex verbi significatione, quo contrahentes usi sunt; sed maxime ex hominum rem arbitrio committentium consuetudine. Certa persona nominatim comprehensa est: sed tamen arbitrium ejus personæ est appellatum. Verbum *arbitrii* ut jam antea diximus, non meram voluntatem significat: sed æstimationem et sententiam cum judicio conjunctam: ubi quis non temere quid affirmet, et pro affectione, qua ducatur erga hunc aut illum; sed pro eo atque in re æquum, et æstimandum putet: et ideo legatum in voluntatem heredis conferri non potest: *L. Senatus*, §. *legatum, supra, de leg.* 1. in arbitrium et æstimationem potest. *L. si sic, supra, de leg.* 1. *L.* 11. §. *quanquam, supra, de leg.* 3. Ergo hanc æstimationem hic exigi verbum *arbitrii* ostendit. Ex eo cœpit intelligi sic a contrahentibus arbitrium postulari, ut velint, si arbitretur, illum id dicere, quod æquum existimet: sed nihil amplius ex verbo, quam ut dicat; quod existimet esse æquum. At illud amplius ex more et sensu omnium hominum colligitur etiam inter eos id agi, ut ne aliter arbitretur re vera, quam virum bonum facere oportet; quia auctore Celso fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant; non quia vel immodice obligari velint. *d. L. si libertus, supra, de op. lib.* Recte Celsus: cur enim potius in arbitrium Titii rem conferunt, quam in voluntatem? Hoc posito cætera sua sponte diluuntur. Non sequimur, inquimus, boni viri arbitrium, cum Titius arbitratus non est: tametsi in utramque partem nominatum sit Titii arbitrium, seu arbitratus, non voluntas. Non mirum: non enim verbum arbitrii, cum ad certam personam directum est, cujusvis viri boni arbitrium significat, sed ejus solum cujus arbitrium comprehensum est. Cur ergo arbitrante Titio potius arbitrium boni viri accipimus, cum ne sic quidem sit nominatum? non quia dicamus verba id arbitrium nunc ma-

gis significare, quam ante: alioqui pugnantia diceremos: sed quia id actum est, ut si Titius arbitretur, res revocetur ad arbitrium boni viri, ne promissor immodice obligetur. Cur igitur cum Titius non arbitratur, non id etiam agi dicimus, ut ad viri boni arbitrium res referatur? quia aperte id ipsum actum est potius, ne aliter obligatio contrahatur, quam si Titius arbitratus sit, ut diserte eodem auctore Celso scriptum est in *L. si coita* 75. *supra, pro soc.* Recte hoc quoque Celsus: his enim verbis, *quod Titius arbitratus fuerit, seu arbitratu* Titii, conditio inest: conditionis autem omnis vis est ea, ut si non exsistat, contrahentes nihil agi velint. *§. sub conditione, Instit. L. non solum, supra, de obl. et act.* Et certe ut arbitrante Titio id actum videatur, ut boni viri arbitrium sequamur; non arbitrante autem id actum, ne sequamur: etsi verbis contrarie scriptum videtur: re vera tamen utrumque ejusdem rationis est, et ex eadem cogitatione efficitur. Eo enim spectat, ne promissor obligetur: propterea quod illo arbitrante, si boni viri arbitrium adhibemus, fit, ut promissor non obligetur immodice. Non arbitrante illo, si boni viri arbitrium non accipimus, fit, ut non obligetur promissor ullo modo: semper autem hæc promissoris cogitatio est, ut quam minimum fieri potest, velit obligari: ac proinde nolit ultra, quam aut verbis comprehensum, aut actum est. Et quid, si apertius agitur, ne promissor obligetur, Titio non arbitrante, quam illo arbitrante, ne obligetur immodice? semper enim conditio conceptione ipsa hoc efficit, ut ea non exsistente nihil debeatur: cum, ut Titio arbitrante dicamus promissorem obligari tantum ex arbitrio boni viri, non tam verbis efficiatur, quam contrahentium sententia. Eadem ista ratione, quod id actum est, ut arbitrante Titio æstimatio ad boni viri arbitrium redigatur, fit, ut non ultra, quam vir bonus constituisset, promissor teneatur vel ex ipsa stipulatione. Est quidem ita, ut ex stipulatione conditionali postquam conditio exstitit, debeatur, quod et quantum promissum est. Sed id solum promitti et deberi in omni contractu intelligitur quod ut præstaretur actum est: semper enim id sequimur quod actum est, non in bonæ fidei judiciis tantum, sed et in stipulationibus omnibusque aliis contractibus. *L. sed Celsus, §. 1. supra, de contrahend. empt. L. semper. in stipulationibus, infr. de regul. juris. L. eum, qui Calendis, supr. eod.* Inde fit, ut etiam in stipulationibus si quid Titii arbitratu promissum sit, et ille arbitretur, recte dicamus id quod constituit, ad boni viri arbitrium redigi debere, non minus quam in societate, aut aliis contractibus bonæ fidei. Et haud scio an id usquam confirmetur magis, quam in *L. in proposita, supr. pro soc.* ubi tamen de bonæ fidei judicio agitur. Quod enim dicitur in quæstione illic proposita arbitrium viri boni sequendum esse, *eo magis quod judicium pro socio bonæ fidei est:* vel his verbis maxime declaratur, in aliis etiam contractibus in re simili arbitrium boni viri sequendum esse; sed in judicio bonæ fidei magis. Sed videamus ne in utroque genere contractuum cum Titius arbitratur et rem æstimat, omnino ejus æstimationem sequi debeamus, nec ad boni viri arbitrium res redigi debeat ex *L. ultim. Cod. de contrahend. emptio.* quam supra objiciebamus. ✝ Id quidem illius legis 19
verbis aperte effici videtur. Sic enim Justinianus: *sancimus*, inquit, *cum hujusmodi conventio super venditione procedat, quanti ille æstimaverit; sub hac conditione stare venditionem. et si quidem ipse qui nominatus est, pretium definierit; omni modo secundum ejus æstimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire.* Quod totidem pene verbis de mercede in eadem conditione locationis scriptum legimus in *L. si merces, supra, loc.* Si solum dixisset Justinianus, Titio arbitrante pretia omni modo persolvi debere, intelligeremus eum explicare, quod prius dixerat; nempe venditionem valere ita, ut necesse sit pretia inde persolvi: et hoc omni modo, idest, sive Titius æquum pretium statuisset, sive iniquum: ut non possit alteruter ex contrahentibus emptionem hoc prætextu rejicere, quod diceret Titium inique esse arbitratum. Sed addidit, solvi debere pretia secundum Titii æstimationem: quod nihil aliud significat, quam debere ita solvi, ut ille æstimavit, et definivit. An dicemus aliud esse, quanti Titius æstimaverit, aliud, quantum Titius arbitratus fuerit? Jam supra docui, hæc idem valere, idque evidenter probari. *L. si sic, supra, de legat.* 1. *et L. si merces, loc.* An ergo superiore constitutione victi statuemus potius Titio arbitrante, ne hic quidem a persona ejus recedi, et redigi rem ad arbitrium boni viri? sed neque exploratum est illam constitutionem unam esse ex decisionibus Justiniani, quæ novo Codici insertæ veteri juri derogent: et contraria sententia cum locis manifestis constituta est in bonæ fidei judiciis præsertim; tum æquitate et ratione ita certa nititur, ut de ea ne dubitare quidem liceat: itaque nemo adhuc, quod sciam, extitit, qui in bonæ fidei judiciis eam rejiceret. Quid ergo

est? ego pnte recte dici, in emptione, in qua Titius, cujus arbitrium comprehensum est, pretinm definivit, pretium omnimodo solvi debere secundum ejus æstimationem, et quidem quantum ille constituit; itamque mercedem in locatione eodem modo: neque ideo superioribus id adversari; quia tantam æstimationem sequi, quantam ille definierit, non sit iniquum, non repugnans arbitrio boni viri. Quod enim jam aliquoties obiter posuimus, id hoc loco præcipue tenere oportet, quod dicitur Titio arbitrante rem redigi ad arbitrium viri boni: non simpliciter dici, sed hac conditione, si Titius iniquum constituerit, atque adeo si Titii arbitrium ita pravum sit, ut manifesta ejus iniquitas appareat. Sic enim verba sunt *L. unde*, 79. *supra. pro. soc.* hoc vero non accidit in emptione Titio pro potestate æstimandi sibi commissa pretium æstimante: sive enim is minoris rem æstimaverit, quam alii vulgo facerent, sive multo pluris: tamen hoc pretium sequi neque iniquum est, neque adversatur bonæ fidei, aut æquo et bono. Hoc si probatur, res est expedita; atqui res ita habet. Quod enim si statueretur a contrahentibus, naturaliter, nec contra bonam fidem existimaretur in pretio aut mercede æstimanda: hoc si fiat a Titio, cujus personam contrahentes arbitrio substituerunt, eodem modo naturaliter, nec contra bonam fidem fieri existimandum est. At veteres de emptione et venditione, locatione et conductione ita definierunt: Quemadmodum emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, atque ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus idem juris est. *L. item si pretio.* §. *ult. supra, loc. L. in causæ* 2. *in fin. supra, de mino.* Proinde etsi Titius velit, quod pluris sit, emptorem minoris emere, aut quod minoris, sit, venditorem pluris vendere, nihil hic magis adversus naturæ æquitatem, aut bonam fidem facere putandus est. Præsertim cum multæ sint causæ, quamobrem res quæ pluris est re vera, inutilior sit emptori, quam ut illi expediat tanti emere: aut hoc tempore difficilior, et damnosior pecuniæ solutio, quam ut conveniat in eam emptionem tantam pecuniam collocari: et contra caussæ multæ, cur res, quæ minoris est, utilior sit venditori, quam ut illi expediat rem tanti quanti per se est, relinquere: quarum rerum et similium rationem haberi neque iniquum est, neque alienum ab officio et arbitrio boni viri: idemque de mercede in locatione dicendum est. Ergo in ista æstimatione non redigitur res ad arbitrium boni viri, non quia si iniqua esset æstimatio, non placeret eam redigi debere: sed quia in emptione non est iniqua, eoque nec iniquum eam servari: ut proinde nec ad aliud arbitrium boni viri provocare oporteat. Hoc vero jus constituisse Justinianum motum natura emptionis, et locationis, id est illa ratione, quam supra exposui, magno argumento est, quod nominatim complexus est id se constituere in proposita specie, non quod hæc verba essent, *quanti Titius æstimaverit*, sed quod hæc conventio in emptione esset posita ad pretium constituendum, *Sancimus*, inquit, *cum hujusmodi conventio super venditione procedat:* significans se, quamvis in eadem conventione, non tamen idem esse admissurum, ubi non liceret pluris, aut minoris rem æstimare: ut in emptione et locatione. Quid tamen, si Titius rem majoris pretii æstimet duplo minoris: quo casu si venditor ipse nullo arbitrante rem ita vendidisset, venditio rescinderetur ad eum modum, qui præscribitur *L. 2. C. de resc. vend.*? Et hactenus concedo iniquum arbitrium esse Titii: idque ex eo apparere quod æstimatio ejusmodi ut iniqua improbetur legibus. Proinde et corrigi debere arbitrium bonæ fidei judicio concedo: uti fieret in societate in simili iniquitate arbitrii. *d. L. societatem, et L. unde, sup. pro soc.* Et cur non corrigeretur hujusmodi æstimatio, cum Titius est arbitratus: quæ corrigeretur etsi contrahentes ipsi eam ab initio constituissent? nam profecto et quod Titius pretium constituit, perinde habendum est, ac si contrahentes ipsi per eum statuissent. Non adversatur lex Justiniani. Ea enim et similes generales sunt, statuentes id quod in emptione de pretio convenit, servandum esse. Hujus generis constitutiones juris communis exceptiones aliis partibus juris constitutas non excludunt: juxta regulam juris, in toto jure generi per speciem derogatur *L. in toto. infr. de regul. jur.* Et cum contrahentes ipsi pretium definierunt, traditum esse scimus pretium solvendum esse secundum eorum æstimationem, idest, quantum constitutum est. *L. Julianus,* §. *ex vendito, supr. de actionib. empt.* Neque ideo excludi putamus exceptionem illam, si quis minoris dimidia parte justi pretii emerit, constitutam L. 2. et *L. si voluntate, in fin. C. de resc. vend.*

Hactenus in hac conditione, *arbitratu Lucii Titii*, quis sit eventus obligationis in utramque partem dictum est, sive Titius

arbitretur, sive non arbitretur, tum in testamentis, tum in contractibus. Sed ut possit de eo in alterutram partem quidquam decerni, aut ex his quæ diximus, quidquam valere: prius constituendum est omnino, an Titius fuerit arbitratus, necne. Quod si in facto tantum nudo personæ positum esse constaret, remotis omnibus personæ, temporis, loci, aliarumque rerum circumstantiis, nulla esset dubitatio. Facile enim intellectu est, ubi Titius dixerit, quid sibi videatur, ubi non dixerit. Sed et hic de jure quæstio introducitur, utrumne in arbitrando quædam observanda sint, quibus remotis perinde habeatur, quasi Titius non esset arbitratus: an vero nihil amplius hic inspiciendum, quam ut ille arbitrium suum exposuerit, aut non exposuerit. Quo loco hæc tractata ab interpretibus animadverto: an præsentibus contrahentibus arbitrari Titium oporteat, ut aliquid videatur arbitrium egisse: an arbitrii potestas certo tempore inclusa sit, vivo etiam adhuc Titio: an morte ejus finiatur: an personæ ejus mutatione: an mortuo uno ex contrahentibus extinguatur. De quibus dicam breviter, idque eo libentius, non tam quia hic quæruntur apposite; quam quod cupio errorem vulgarem evelli,
20 qui mihi in his subesse videtur. † Quærunt ergo, an Lucio Titio arbitrium instituente necessaria sit contrahentium præsentia, ut cum his consultet de re, et eorum sententiis de ea re cognitis tandem dicat ipse, quod æquum existimat. Et hic magno conatu Bartolus de sententia aliorum quorundam probare nititur esse necessariam: idque etiam tentat efficere ex hoc ipso responso. Ego didici in his verbis, *arbitratu Lucii Titii*, conditionem inesse. Quæ autem conditiones in potestatem alterius seu arbitrium collatæ sunt, qualis est hæc, judicio quidem non fato impleri debere: cæterum ubi consulto factum sit, quod in conditione erat, conditioni paritum videri, sive is qui adjecit, sciverit factum esse, sive ignorarit. *L. 2. supr. de cond. et dem.* Proinde puto recte dici in proposito, ubicunque Titius admonitus rem arbitrio suo commissam, dixit quod placeret, promissorem obligari, quantumvis absentibus litigaturibus id fecerit. Arbiter quidem ex compromisso sumptus absentibus litigatoribus de re controversa judicare non potest, *L. diem, §. si quis, supr. de recep.* exemplo judicis: quoniam et ipse judicis partes in se recepit. *L. Pomponius ait. §. recepisse, supr. de recep.* et compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur. *L. 1. supr. eod.* Sed male cum arbitro compromissario comparabitur is, cujus arbitrio commissa res est tantum ex conditione stipulationis: qui partes judicis nequaquam suscepit, nec de re controversa est aditus. In hoc quæritur, an sit arbitratus, ut sic conditioni paruerit, quod facere potest et præsentibus contrahentibus, et absentibus. In illo non tantum quæritur, an sit arbitratus; sed etiam quam recte, et quam ex officio judicis, cujus personam ipse induit. Magistratui quoque cum aliquid commissum est æstimandum, ut de eo postea aliquid decernat, etiam si sine judicio et lite instituta id faciat: tamen injungitur illi, ut convocatis iis, ad quos ea res pertinet, inquirat in rem; deinde permittat, et decernat quod videtur. *L. 3. §. sed si non constat, supr. ubi pup. ed. deb. L. legatum, supr. de usu. et usuf. leg.* Atqui in decreto judicis nihilominus caussæ cognitio necessaria est, quam in sententia ferenda. *L. nec quidquam, §. 1, supr. de offic. pro.* Non potest autem caussa cognosci, nisi evocatis et interrogatis his, ad quos ea res pertinet. *L. in caussæ, 1. §. caussa, supr. de minor.* Sed hoc jus non pertinet ad eum in cujus arbitrium conditio collata est: de quo ad conditionem explendam solum quæritur, an fecerit, quod in conditione erat, non etiam quam recte, et quanto cum judicio sit arbitratus. At enim lædi poterunt contrahentes, si his inconsultis arbitretur Titius. Proinde etiam convocandi: ut fit in adoptione, in qua constitutum est adhiberi eos, qui læderentur confirmatione adoptionis. *L. nam ita, supr. de adop.* Siquidem Titio inconsultis contrahentibus arbitrante illi læderentur, concedam recte colligi illos quoque ad rem æstimandam adhiberi debere. Sed non lædi eos perspicuum est: nam si æquum est arbitrium Titii, aperte non læduntur. Sin pravum: tamen nihilominus res contrahentibus salva est: quippe redigetur ad arbitrium boni viri, ut supra satis ostendimus. Infirmum vero argumentum est, quod istis ex hoc responso ducitur. Hic significatur per stipulatorem fieri posse, itemque et per promissorem, quominus Titius arbitretur. Quærunt, quomodo id fieri possit, si Titius admonitus potest illis ignorantibus et absentibus arbitrari. Nam si potest illis absentibus, nulla est in illis mora, id est, nulla causa, quominus arbitretur. Non ita est: nam Titius si velit arbitrari illis absentibus, nec illorum absentia obstabit: sed si nolit illis inconsultis id facere: potest hoc quoque sibi imperare, ut faciat; idque ita rectius interdum fieri concedendum est. Hic si denunciet contrahentibus, ut adsint, et nolit alteruter

adesse; vere dicetur per eum moram factam esse, quominus Titius arbitretur: ut qui alia conditione adduci non potuerit, ut de re constitueret, quam si contrahentes adessent. Cæterum ita se instituere non cogitur. Illud, quod pro firmamento suæ sententiæ Bartolus posuit, non modo ex omnibus mihi minime firmum, sed etiam pene ridiculum videtur. Edicto ædilium, si quid ita veniit, ut nisi placeret, intra præfinitum tempus redhiberetur, rata conventio habetur, ut traditur in *L. quod si nolit*, §. *si quid ita, supr. de æd. ed.* ex eo ille colligit, si in aliquem collatum sit, ut quid illi placeret, aut non placeret, de eo illum statuere debere præsente eo, ad quem ea res pertinet. Credo ideo, quia redhibere venditori rem ita emptam est, illi rem reddere. *L. redhibere, supr. de æd. ed.* Obsecro, quid hoc ad rem pertinet? non potest, de qua re ita convenit, ut intra certum tempus displiceret, ea nisi præsenti reddi. Ideone consequens est non posse rem displicere nisi præsente venditore? imo ante emptori displicet: sed non est satis ad redhibitionem futuram: hoc etiam sequi debet, ut intra tempus præfinitum re ipsa redhibeatur.

21 † De tempore, intra quod Titius recte arbitretur, nihilo verius est, quod ab illis traditur. Si hæc oratio, *arbitratum Lucii Titii*, conditionem habet, si ille arbitretur: dicendum est, quandocunque ille arbitretur, conditionem existere, eaque impleta stipulationem committi. *d. L. 2. supr. de cond. et dem.* et generaliter probandum est in conditione non inspici, quando exstiterit, sed an exstiterit: adeo, ut spes quoque conditionalis stipulationis ad heredes transmittatur. §. *ex conditionali, Instit. eod.* Ut autem probetur esse aliquod tempus, intra quod Titius arbitrari debeat; quid est ineptius, quam uti argumento ejus, qui convenit, ut si res empta non placeret, posset eam redhibere; cuique ad eam redhibitionem actio datur edicto ædilium intra certum tempus? *d. L. quod si nolit*, §. *si quid ita, supr. de æd. ed.* An ei datur tempus, intra quod possit de re arbitrari, et dicere sibi non placere: ac non potius intra quod possit rem redhibere? datur vero hoc ei tempus ad redhibendum, non ad arbitrandum, et rem improbandam; et quandoque emptori res displicere potest: sed non potest quandoque de ea redhibenda agere. Quid autem Titius in proposito? utrum ex arbitrio suo agit; an vero dicit tantum, quod sibi videtur? nempe dicit tantum, quod videtur, ut conditionem arbitrii impleat, neque postquam id fecerit, sibi ullam actionem eo nomine dari postulat. Quid, si Titius semel dixerit se arbitrari nolle, an hic erit arbitrandi finis; ut quamvis postea mutato consilio arbitratus fuerit, non tamen committatur stipulatio? Minime. Sed hic servabimus idem, quod in cæteris conditionibus, quæ sunt in non faciendo. Etenim cum promittitur quid sub conditione, *si Titius arbitratus fuerit*, intelligendum est sub contraria conditione cessare obligationem, *si Titius arbitratus non fuerit.* Conditiones autem quæ in non faciendo sunt, veluti, si Titius non dederit, si Capitolium non ascenderit, non prius exsistunt, quam eertum esse cœperit, id quod in conditione erat, amplius Titium facere non posse: etsi aliquando facere potuerit, et tamen noluerit. *L. ita stipulatus, infr. eod.* Proinde et hæc conditio *si Titius arbitratus non fuerit*, non prius efficiet, ut obligatio desinat posse contrahi, quam certum factum sit illum amplius arbitrari non posse. Itaque quandocunque postea arbitratus erit, promissor tenebitur. Nec aliter desinet illi hoc arbitrium nocere, quam si communi consensu stipulatoris et promissoris ab ejus arbitrio discessum fuerit. Quam huc etiam nihil facit *L. ult.* §. *sed etsi quis, Cod. com. de leg.?* Illic hæc species proponitur. Legavit testator alicui Stichum aut Pamphilum: utrum Titius eligeret. Justinianus constituit, ut si intra annum Titius non elegerit, videatur ipsi legatario delata esse electio. Sed an non videmus hic singulare jus constitui, quo voluntas testatoris citius exitum habeat; cum constituat, ut electio legatario detur, quæ nulla esse posset, si in ea specie conditio retineretur? Deinde an idem esse putamus quod Titius elegerit, de qua conditione Justinianus constituit; et quod Titius arbitratus fuerit, de qua conditione nunc agimus? erramus, si putamus. Alioqui in illis verbis, *quod Titius elegerit*, nullam conditionem a Justiniano, nullam moram constitui oportuit; sed statim legatum dare ex arbitrio boni viri: cum in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi debeat: quod neque conditionem, neque moram ullam recipit, ut est in *L. 1. supra. de leg.* 2. † An morte Titii deficiat conditio, quærendum non est: quis enim eo mortuo conditionem impleat, cum amplius non sit Titius, qui arbitretur: qui tamen ex conditione et proposito contrahentium arbitrari debuit? Nam heredem dicere conditionem implere posse absurdum est: cum neque verbis conditio in ejus personam collata sit; et sententia contrahentium Lucii Titii arbitrio res sit commissa, quia ejus pruden- 22

tiam, et fidem elegeriot. Quæ qui in herede eadem esse putat, aut contrahentibus in homine alioqui ignoto eadem esse electa; is rerum est imperitus. Quid, si vivo adhue Titio conditio ejus mutata foerit; puta. deportatus sit, et eo modo io numero civium esse desierit? non ideo arbitrandi potestatem pœna peremptam esse dicemus, arg in *L. cum pater*, *§. cum pater*, *supr. de leg.* 2. Et certe post deportationem idem Titius manet, qui fuit, et is qui nun minus possit de re judicare et arbitrari natura, quam
23 ante. † Quid, si unus ex contrahentibus prius mortuus sit, quam Titius arbitretur? nihilominus eo arbitrante heres tenebitur, aut actionem habebit. Ex conditionali stipulatione spes est debitum iri, eamque ipsam spem ad heredem transmittimus; ut quamvis nobis mortuis conditio extiterit, tamen stipulatio nobis committatur, aut adversus nos. *§. ex conditionali*, *Instit. eod.* Diversa caussa compromissi: ex quo si ad arbitrum itum sit; ono ex litigatoribus mortuo solvitur compromissum. nisi in compromisso heredis meotio facta sit. *L. diem*, *§. 1. supr. de recep.* Differentiæ ratio est, quod in compromisso præcipue de judice eligeodo et sequendo, id est, de personæ ejus judicio, fide, integritate probanda agitur; et quod pœna adjicitur, non nisi ad ejus approbationis confirmationem per occasionem et consequentiam rei perficiendæ promittitur. Quæ approbatio omois persooalis est; neque enim idem judicium est heredibus. Et credibile est litigatores in re, quæ in electione personæ certæ posita est, et in ea causa, quæ ad heredes postea est perventura, cupere omnia his relioque integra, ot oe inviti ejusdem personæ judicio et fidei se concredere cogantur, nisi nominatim heredes suos eidem pœnæ subjecerint. Argumento est societas, quæ com electione certæ personæ, id est, socii constet, etiam morte unius ex sociis solvitur. *§. solvitur*, *Inst. de soc.* At in stipulationibus aliis, itemque cootractibus de re danda præstandave prioeipaliter agitur; cujus rei præstatio non cohæret personæ, sed ad heredes transit, ut est stipulationum natura. *L. veteris*, *C. de cont. et com. stip.* Nec multum ad rem faciet, si promittetur res sub conditiooe, Si Titius arbitrabitur; conditio enim stipulationi adjecta, rei promissæ et stipulationis oaturam noo mutat; sed quandocooque exstiterit, perinde habebitor, ac si sine conditiooe res esset promissa. *L. si pupillus*, *supr. de cond. inst.*

Ad L. *Et ideo si* 44.

Paulus *lib. XII. ad Sabinum.*

Et ideo si omnino non arbitretur, nihil valet stipulatio: adeo ut et si pœna adjecta sit, ne ipsa quidem committatur.

Rei impossibilis pœna non debetur. *L. si homo, infr. eod.* fieri autem non potest, ut restituatur res arbitratu Lucii Titii, ubi ille non arbitretur.

Ad L. *Quodcunque* 45.

Ulpianus *lib. L. ad Sabinum.*

Quodcunque stipulatur is qui in alterius potestate est: pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus.

De stipulatione eorum, qui in alterius potestate sunt, sive stipulentur sibi, sive iis quorum sunt in potestate, abunde dictum est suo loco ad §. *alteri. L. stipulatio ista, supr. eod.* ubi et hic locus est expositus.

Ad §. *Sicuti cum morietur.*

Sicuti cum morietur quis, stipulari potest: ita etiam hi qui subjecti sunt alienæ potestati, cum morientur, stipulari possunt.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio et promissio.* Post mortem suam, *cur olim non valuerit.*
2. *Stipulationem prædictam hodie valere.*
3. *Stipulatio:* Cum moriar, vel cum morieris, dabis, *etiam jure veteri valuit, et cur.*
4. *Filiifam. et servi an ita,* Cum morientur, *stipulari possit.*

1 Placebat olim post mortem suam dari sibi, neminem stipulari posse. §. *post mortem, Inst. de inut. stip.* sic enim ratiocinabantur veteres: inutilis stipulatio est, cum quid ita in stipulatum deducitur, ut dari non possit. *L. si stipulor, supr. eod.* Et quomodo daretur mortuo, idest, ei qui jam amplius non est in rerum natura? Idemque placebat, si quis post mortem suam daturum se promisisset: nam quomodo mortuus daret? *d. §. post mortem.*

2 † Hoc jus Justiniano displicuit, qui sive quis stipuletur post mortem suam, sive quis post mortem suam promittat, probavit stipulationem valere. *L. scrupulosam, C. de cont. et com. stip. et d. §. post mortem, in sin.* sententiam, ut vi detur, contrahentium secutus, non verba, ut dixi jam ante ad §. *alteri, L. stipulatio ista, supr. eod.* quasi stipulatus sibi post mortem suam non debeat existimari tam stultus, ut stipuletur sibi ipsi, sed quasi stipuletur post mortem suam heredi suo, in cujus persona ipse quodammodo vivere intelligitur: cum ille in defuncti jus et locum succedendo defuncti personam sustineat. Interim veteribus, qui verba stipulationis spectabant, inutiliter isto modo fiebat stipulatio.

3 † At utiliter hoc modo: si quis stipularetur sibi dari, aut promitteret se daturum, cum moreretur, ut colligitur ex *d. §. post mortem,* sed præcipue ex hoc loco. Et recte: sic enim vivo sibi quis stipulabatur, et se

vivum promittebat daturum. Hinc *sequentium* §§. dubitatione. Etsi autem superiore differentia sublata quæstiones hujus loci sunt inutiles: tamen nihil vetat, postquam locus nobis relictus est, quominus sententiam paucis attingamus. † Ergo hoc jure
4 posito, posse quemque sibi stipulari, cum morietur; quæsitum est, an etiam hoc modo sibi stipulari possint, qui sunt in aliena potestate, filiifam. et servi. Movet, qood cum hi sibi stipulati sunt, pro eo habetur, ac si ipsi stipulati essent, quorum sunt in potestate, ut invito hujus L. traditur. Utputa, stipulatus est servus sibi dari post mortem suam: ipse dominus videtur esse stipulatus, et quidem eadem conditione, cum servus morietur. Nam in conditione in alterius personam collata a persona ipsa non recedimus: sed in bujus ipsius persona conditio implenda est. *L. qui heredi. supr. de cond. et dem.* At fieri potest, ut moriatur servus post morem domini; ita fiet, ut videatur saltem hoc casu dominus vi ipsa sibi stipulatus esse post mortem suam: quod fieri jus superius prohibebat. Ulpianus hic definit, quod dicitur posse quemque sibi stipulari, *cum morietur*, etiam ad eos qui alieno juri subiecti sunt pertinere. Recte: nihil enim prohibet, quominus moriatur servus vivo domino, ut haetenus videatur dominus stipulatus se vivo. Quod si prius moriatur dominus, sic stipulationem interpretabimur, quasi in hunc casum stipulatus esset servus ei domino, quem tunc babebit vivum, non ei, qui nunc est. Atqui etsi dixerimus servum huic soli, qui nunc est, stipulatum esse; et videri vi ipsa stipulatum domino suo post mortem ejus: tamen recte defenderetur nihil hoc in proposito nocere; quoniam intelligitur tantum, non exprimitur. Quæ adiici prohibeatur, ea expressa nocent; non expressa non nocent. *L. si quis Sempronium, supra, de her. inst. L. nonnunquam, supra, de cond. et dem.*

Ad §. *Si ita quis stipulatus sit.*

Si ita quis stipulatus sit, *Post mortem meam filiæ meæ dari?* vel ita, *post mortem filiæ meæ mihi dari?* utiliter erit stipulatus: sed primo casu filiæ utilis actio competit, licet heres ei non existat.

SUMMARIA.

1. *Stipulari post mortem suam dari nemo prohibetur, et quatenus.*
2. *Filiæ exemplo cur potius quam cujusvis extranei in hac stipulatione Ulpianus usus sit, et quid in filia emancipata.*

1 Sic † jus erat olim, ut dixi, ut nemo post mortem suam sibi dari, posset stipulari. Ex his verbis conficit Ulpianus, quod est hoc loco; nimirum neminem probiberi eo jure stipulari post mortem suam dari, dummodo stipuletur alteri dari, non sibi. Ut, si stipuletur pater post mortem suam filiæ suæ dari; multoque minus prohiberi quemquam stipulari, sibi dari post mortem: modo non stipuletur post mortem suam, sed alterius. Ut, si stipuletur idem pater, post mortem filiæ suæ sibi dari. Hæc ex eo, quod jus superius ad improbandam stipulationem duo coniunctim exigit, et ut stipuletur sibi, et ut post mortem suam: ut unum si desit, nihil sit impedimento stipulationi. Et merito: nam utroque casu stipulator sive sti-
2 pulari intelligitur. † Usus est autem in hac re exemplo filiæ potius, quam cujusvis extranei; ut procedere exemplum, in quo ponit stipulatorem stipulari posse, post mortem suam alteri dari. Nam extraneo alii si stipuletur, nihil agat; filiæ autem utiliter stipulari potest, ut filiæ utilis actio competat, ut hic scribit Ulpianus. Sed an in omnibus caussis filiæ etiam emancipata recte hoc modo stipulatur pater? nam hic Ulpianus nihil distinguit. Minime, ut docui ad §. *alteri. L. stipulatio ista, supr. eod.* Neque alius locus quam hic ipse id magis arguit. Oportet enim aliquid singularis juris intelligi in filia, quod non sit in filio in hac re, postquam filiæ exemplo utitur, non filii. Nam si pariter filio emancipato, et filiæ quidvis stipulari posset pater: usus esset filii nomine Ulpianus,

ex quo de filiabus idem dictum intelligeremus; fœminino autem vocabulo etiam absurdum putatur masculos contineri. *L. si ita sit, supra, de leg.* 2. Et res ita habet, ut possit pater stipulari dotem reddi filiæ, ut filiæ utilis detur actio. *L. Cafus, supr. de sol. matrim.* Sed quia nuptiarum favore in dicitur fieri: hinc colligimus non idem concedi aliis in caussis. Cur ergo non addit hoc loco Ulpianus dotis nomine? Quia ad ejus institutum hoc loco nihil attinebat: non enim quærebatur, an pater possit stipulari filiæ: sed quo casu potest, an possit ei stipulari. post mortem suam. Dubitatio ex jure vetere, quod vetabat quemque post mortem suam stipulari. Et hoc sentit Ulpianus, si nihil aliud obstet, quam quod pater stipulatus est filiæ post mortem suam, nihil esse impedimento stipulationi. Quod sic accipiendum est: dummodo id stipuletur, quod filiæ stipulando, potest ei utilem saltem actionem acquirere. Id quid sit, quia non attingitur hoc loco, etiam in dubio relinqui intelligitur. Proinde ex aliis locis petendum est. Vide plura in hanc sententiam *ad d. §. alteri.*

Ad §. *Non solum ita stipulari.*

Non solum ita stipulari possumus, *cum morieris.*: sed etiam, *si morieris.* Nam sicuti inter hæc nihil interest, *cum veneris*, aut *si veneris:* ita nec ibi interest, *si morieris, et cum morieris.*

SUMMARIUM.

1. *Inter stipulationem*, Cum morieris, *et* Si morieris, *nihil interest.*

1 Ut olim poterat quis stipulari, cum moreretur, ita quivis promittere, cum moreretur, ut supra ostendimus. Hinc quæsitum, possetne quis etiam promittere hac conditione, *si morietur;* quia videretur hæc conditio rem differre post mortem. Ulpianus definiens hoc loco inter ista nihil interesse, *Cum morieris*, et *Si morieris*, aperte vult intelligi id, de quo quæsitum est; quemadmodum recte promittit quis, cum morietur; ita recte promittere, si morietur. Quatenus autem, verum sit inter hujusmodi conceptiones nihil interesse, cum morieris, et si morieris: cum veneris, et, si veneris, dicetur ad *L. seq. §. ult.*

Ad §. *Filius patri.*

Filius patri dari stipulari videtur, etsi hoc non adjiciat.

SUMMARIUM.

1. *Filiusfam. impersonaliter aut nominatim sibi stipulando, patri stipulari videtur, etsi de patre nihil adiiciat.*

1 Qui quamvis impersonaliter, aut nominatim sibi stipulando alteri obligationem acquirit: is utique re ipsa illi alteri stipulari intelligitur. Talis est filiusfamil. qui infinite, aut nominatim sibi dari quid stipulatur, ex iis, quæ patri acquiri possunt, juxta distinctionem bonorum traditam *in prin. tit. per quas per. nob. ob. acq. Inst.* Harum enim rerum stipulationem patri acquirit, ut ibidem scriptum est. Recte igitur hic dicitur filius, quod hujus generis stipuletur, videri stipulari patri; etsi de patre nihil adiiciat. Quod si patri stipulari videtur, et quod patri stipulatus est re vera patri acquiritur: consequens est id, quod initio hujus L. positum est; quod filius stipuletur, qui in potestate est, pro eo haberi, ac si ipse pater esset stipulatus. Sed de harum personarum stipulationibus satis dictum est ad *§. alteri.*

Ad L. *Centesimis*. 46.

Paulus *libro XII. ad Sabinum*.

Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur: quia præsens obligatio est in diem autem dilata solutio.

SUMMARIA.

1. *De stipulatione in Centesimis Calendas collata quærendi quæ res occasionem dederit, quæque dubitationis caussa.* et n. 3.
2. *Centesimæ Calendæ quæ.*
4. *Stipulatio nulla inutilis ob id, quia res in tempus quamvis longissimum dilata sit.*
5. *Ratio Pauli in hoc responso explicata.*

1 An centesimis Calendis utiliter stipulemur, quæsitum est; quia in usu esset Romanis in hunc diem et stipulari, quid, et legare, ut et de legato usurpatur hic dies eodem Paulo in *L. Si dies, sup. quan. di. leg. ced.* † Centensimas Calendas eodem modo dici apparet, quo dicuntur primæ Calendæ, secundæ, tertiæ, quartæ, quintæ, et ita deinceps usque ad centesimas progrediendo. Constat autem in *L. eum. qui Calendis, supr. eo.* ubi appellantur ab Ulpiano primæ, secundæ, tertiæ Calendæ, primas dici primi mensis, secundas secundi, tertias tertii mensis Calendas. Nec dubium est, quin idem auctor sibi similis eodem sensu quintas Calendas nominet in *L. 1. §. si quis simpliciter, supr. eod.* Erunt igitur et centesimæ, centesimi ab hinc mensis Calendæ. † Etsi autem probabiliter dicitur fœneratores, qui pecunias credidissent sub usuris centesimis, quia intelligerent se post centesimum mensem amplius usuras exigere non posse, ut quæ jam sortem æquassent, ideo in more habuisse sortem in id tempus sibi stipulari, cum jam pecunia apud debitorem otiosa futura esset, atque inde centensimarum Calendarum adjectionem primam natam esse: tamen intelligendum est etiam fuisse in usu, ut non minus centesimis Calendi rem aliquam sibi dari stipularentur, qui mutuum non dedissent, aut qui usuras medii temporis non essent stipulati. Scimus enim et legatum centesimis Calendis relinqui solitum fuisse: *d. L. si dies, quand. di. leg. ce.* ubi tamen totius intermedii temporis commodum ad heredem pertinere constat. *L. si ita relictum, §. Pegasus, sup. de leg.* 1. Et hoc nunc intelligi, solum ad dubitationem hujus loci facere reperietur. Quæritur ergo, ut proposui, an centesimis Calendis dari utiliter stipulemur, ut Paulus definitio declarat. *Centesimis.* inquit, *Calendis dari utiliter stipulamur.* Definitio nimirum ad id quod in hac re quærebatur, accommodata: quam etiam ratione adiuncta confirmat. Et quæ tandem esse potuit, dixerit aliquis, in proposita specie dubitationis caussa, ut istam sententiam ita ratione munire oporteret: cum constet omni stipulationi recte diem adiici; hanc autem stipulationem, *Calendis centesimis*, esse in diem? Ipse idem Paulus innuere videtur in *d. L. si dies, quan. di. leg. ced.* qui ad difficultatem hujus adiectionis significandam, hoc posuit, quod dies longa sit. Id facit, ut possit videri prope inutilis esse præstatio, quæ in tam longum diem differatur. Unde quæstio, an stipulatio hoc modo concepta, tanquam quæ non magnum commodum offerat, sit inutilis. Quæ quæstio tum maxime, imo vero tunc solum locum habet, cum intermedium tempus ab omni usurarum et fructuum præstatione immune est. Paulus hic scribit utilem esse stipulationem: † significans in universum nullam 4
stipulationem ob id esse inutilem, quia res in tempus quamvis longissimum dilata sit. † 5
Ratio ejus animadvertenda est: *quia*, inquit, *præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio.* Qua significat in summa obligationem esse ex genere earum, quæ fiunt in diem. Hoc enim illarum proprium, ut statim debeatur, quod promissum est, etsi ante diem exigi non potest, de quo diximus ad *L. sum, qui Calendis, §. ult. supr. eod.* Sed inepta hæc ratio est, dicet quispiam, ideo centenaimis Calendis utiliter nos stipulari, quia præ-

sens obligatio sit, in diem autem dilata solutio. Quasi vero non constet utilem esse posse, etsi contrahatur sub conditione: ubi tamen nulla est obligatio præsens; sed et solutio, et simul obligatio ipsa in casum, et tempus incertum differtur. Et esset sane inepta ratio, si ita eam acciperemus, quasi contineret caussam, propter quam stipulatio est utilis, et sine qua utilis stipulatio non esset. Sed observabimus argumentum esse potius, sumptum ex eo, quod convenit maxime utili stipulationi, etsi non solum; ut sit in eo argumentum ex comparatione majorum, hoc modo. Si sub conditione esset hæc stipulatio; tamen contraheretur utiliter, etsi præsens obligatio non sit, sed ea, quæ in casum differatur; nec obstaret stipulationi, quod quamvis longo tempore postea conditio exstitisset. Multo igitur citius dixerimus eam utiliter contrahi, quæ parit præsentem obligationem, etsi forte inde statim pecunia peti non possit. Talis est autem hæc, cum stipulamur centesimis Calendis: quæ cum sit in diem certam, præsentem obligationem habet: etsi in centesimas Calendas differtur solutio. Dubitari igitur non debet, quin hoc modo utiliter stipulemur.

Ad §. *Id autem, quod in facto.*

Id autem quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest: veluti *Cum morieris, Alexandriam venire spondes?*

SUMMARIA.

1. *Stipulatio dandi in mortem promissoris collata olim valuit: secus in stipulatione faciendi.*
2. *Stipulationum dandi et faciendi distinctio a Justiniano sublata.*
3. *L.* veteris. et *L.* ult. C. de contr. et commit: stip. *ad stipulationem hanc:* Cum morieris, Alexandriam venire spondes? et *ad similia facta non pertinere. et cur.* et n. 6.
4. *Stipulationes omnes, quibus id promittitur, quod natura fieri non concedit, inutiles esse.*
5. *Promittens se Alexandriam venturum, nullo tempore præfinito, licet morte præventus Alexandriam venire non potuerit; stipulatio tamen ad heredes transit.*
7. *In stipulationem illam*, Cum morieris, insulam ædificare spondes? *et hanc*, Cum morieris, Alexandriam venire spondes: *quid intersit.*
8. *Summa hujus juris et constitutionum L.* veteris, et *L.* ult. C. de de com. et commit. stip.

1 Quod dicitur, unumquemque utiliter promittere hac conditione, *cum morietur;* ut jus etiam olim fuisse ostendimus ad *L. quodcunque præceden.* §. 1. et §. *pen.* de his dictum est a veteribus, quæ dari stipulamur, ut colligi potest ex §. *post mortem, Inst. de inut. stip:* Cæterum si quid in facto esset, placebat sine exceptione frustra promitti, cum promissor moritur: ut testis est Justinianus in *L. ult. C. de cont. et com. stip.* Idque ipsum est, quod hoc loco generaliter definitur, eum negat Paulus id quod in facto est, in tempus mortis conferri posse: mortem promissoris intelligens, ut exemplo declarat; *Veluti*, inquit, *cum morieris, Alexandriam venire spondes?* quod
2 Justinianus declarat in *d. L. ult.* † Hæc distinctio stipulationum dandi et faciendi Iustiniano displicuit: et in stipulationibus primum sublata est, in quibus quis se quid daturum aut facturum simpliciter promittit. *L. veteris. C. eod.* Deinde in hac specie, cum promittit se daturum aut facturum, cum moritur: *d. L. ult. C. cod.* ubi proposita hec stipulatione, Cum morieris, insulam ædificare spondes? quam veteribus impossibilem videri proposuerat; non solum de hac constituit, et jubet, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, adversus autem heredes ejus transeat, qui factum impleant: sed etiam de genere toto definiens ad extremum ita scribit: Quemadmodum enim si in dando concepta fuerit stipulatio, et contra heredes transmittebatur; ita et si in faciendo est, licet in mortis tempus conferatur, attamen ad similitudinem in dando conceptæ stipulationis et heredes obligari sancimus; ut non discrepet factum a datione. † Ita defini- 3

tionem hujus loci illa constitutione tolli dubitari non potest. Sed an etiam ad exemplum, quod hic proponitur, et similia facta constitutio pertinet? Et puto non pertinere; sed verissime dici, quod multis placet, non posse hoc genus facti, ut promissor Alexandriam veniat, in tempus mortis ejus conferri. Denique stipulationem ejusmodi esse inutilem: ut si definitionem hujus loci conceptam alioqui verbis generalibus ex sententia superioris constitutionis ad exemplum hic propositum, et similes species placeat revocari, ut posteriores leges ad priores pertinent et contra: *L. non est novum, et 2. seqq. supr. de legib.* nihil possit dici hac definitione verius.

4 † Nempe omnes stipulationes jam a principio inutiles esse constat, quibus id promittitur, quod natura fieri non concedit. *L. si stipulor, supr. eod.* Aperte autem talis est hæc, *cum morieris, Alexandriam venire spondes?* ubi hoc natura neque promissor moriens præstare potest, neque eo moriente alius in tam brevi spatio temporis. Inutilis igitur stipulatio sit, necesse est: si tamen a tempore mortis non recedimus, sed volumus, ut per id tempus vel promissor Alexandriam veniat, vel ejus nomine alius. Atqui hoc tempus conventione adjectum invito promissore rejici non potest. Per hoc enim certam conditionem accepit stipulatio; quam immutare stipulatori non licet. *L. vero. vera. alia, infr. de solut.* Idque evidentissime declaratur exemplo ejus, qui cum esset Romæ, spondet se hodie Carthagini daturum. Nam hanc stipulationem inutilem esse placet, quia sit impossibilis repromissio. *§. loca, Inst. eod. L. 2. §. qui ita, supr. de eo quod cer. loc.* Et tamen si ab hodierno die recesseris, et tantum temporis concedas, intra quod Carthaginem perveniri potest, nihil est impedimento, quominus per rerum naturam recte detur Carthagini. Cur igitur in hac stipulatione impossibilis repromissio et præstatio habetur? nempe quia retinemus diem adjectum propter conventionem et conceptionem stipulationis: hoc vero retento die, intra quem detur, fit præstatio impossibilis; quoniam hodie Carthagini dari non
5 potest ab eo, qui sit Romæ. † Isto ipso modo et si quis promittat se Alexandriam venturum, nullo præfinito tempore mortis, cum veniet: ita erit stipulatio utilis, ut quamvis morte præventus Alexandriam venire non potuerit; tamen stipulatio transeat adversus heredes, qui et ipsi Alexandriam venire debent, et veniendo stipulationi satisfacient juxta *d. L. veteris, C. eod.* quippe id promisit defunctus, quod fieri potuit natura: cum ita esset conditio rerum, ut aut posset venire ipse, aut ejus nomine alius, qui idem præstaret. † At si quis promittat se Ale- 6
xandriam venturum, et id certo tempore definiat, cum morietur, quod fit in superiore stipulatione; hoc idem in hac evenire necesse est, ut sit præstatio impossibilis: quia si intra id tempus veniendum sit Alexandriam, non possit id fieri per rerum naturam: nunc autem per id tempus veniendum esse dicimus ex conditione obligationis. Non ergo improbamus hanc stipulationem, quia a promissore non impleta ad heredes non transeat, quod fieret contra constitutiones Justiniani: *d. L. veteris, et L. ult C. eod.* sed quia ipsa stipulatio jam a principio sit inutilis: et inutilis ideo, quia natura impossibilis præstatio; idque non minus, quam cum promisit quis se hodie Carthagini daturum, cum esset Romæ. Ad hujusmodi stipulationes constitutiones superiores Justiniani non pertinent. Neque enim illi propositum est omnes stipulationes tum dandi, tum faciendi, quæ alioqui secundum regulas juris inutiles sunt, confirmare, ut sic deinde a contrahentibus ad heredes, et adversus heredes eorum transeant: quod esset absurdum. Sed de iis agens, quæ per se utiles sint, tractat, an eum persona finiri debeant; quæ in caussa faciendi stipulationes habeantur a veteribus an vero ad heredes transire. Et vult transire: nempe ubique hac conditione, si etiam a principio stipulatio constitit in persona contrahentium. Nam si non constitit, puta ea re promissa, quæ per rerum naturam præstari non potest, ut in superioribus exemplis stipulationum fieri probavimus: quomodo transiret stipulatio ad heredes, qui eodem jure uti debent? *L. qui in jus, infr. de reg. jur.* Si a principio stipulatio non valuit; quomodo tractu temporis in persona heredum convalesceret? *L. quod initio, infr. de reg. jur.* Vel potius quomodo videri posset utilis stipulatio in persona heredum, quæ his ipsis esset impossibilis? Nam ne erremus, in hac stipulatione, *cum morieris, Alexandriam venire spondes?* non magis heredes Alexandriam venire possunt, cum promissor moritur, quam aut ipse vivus potuit per id tempus, aut ejus nomine alius. Imo vero heredes multo minus; quod enim mortuo promissore fit, non potest dici fieri, cum is moritur: cum is dicatur mori, qui adhuc vivit: *L. ult. supr. de cond. insti.* quod in mortuum cadere non potest. At enim Justinianus in *d. L. ult. C. eod.* nominatim in hac specie, cum quis spopondit se, cum morietur, insulam ædificaturum, ita

constituit stipulationem transire ad heredes, ut velit etiam eam valere in persona defuncti, sie deinde adversus illos transmitti. Et sive in persona defuneti valere vult, sive non vult; tamen hoc constat velle eum, ut adversus heredes transmittatur, qui cogantur etiam mortuo promissore ædificare insulam. Et quid interesse videtur ad difficultatem faciendi, utrum quis promittat se insulam ædificaturum cum morietur; an vero se Alexandriam venturum, cum morietur? † Sane
7 vero inter utramque speciem ex sententia et interpretatione Justiniani multum interest: propterea quod in priore specie ædificare insulam promissor potest cum morietur, aut per se, aut per alium, ut Justinianus in ea interpretatur ædificare: in posteriore nemo natura venire Alexandriam potest, cum quis moritur, si vel iter unius diei distet ab Alexandria. Quo fit, ut illa valeat, tanquam re promissa, quæ fieri potest; et quia valet, etiam transeat in heredes: hæc contraria de causa sit inutilis, eoque nec teneat heredes promissoris. Eum, qui spondet insulam, cum morietur, ædificare, Justinianus interpretatur spondere se insulam inchoaturum, cum morietur, quam deinde perficiendam relinquat heredibus: quod et verba patiuntur, et sententiæ contrahentium convenit. In verbo, non tantum dicitur ædificare insulam, qui perficit, sed etiam qui inchoat: et omnino quamdiu opus peragitur, per omne id tempus in usu loquendi ædificari insula dicitur. Sententiæ autem contrahentium convenit, ut hoc verbo de inchoanda insula, cum promissor morietur, non de absolvenda sensisse illi existimentur: quia inquit Justinianus in *d. L. ult. Neque tam stultus est stipulator, ut putet insulam eo tempore cœptam uno momento horæ attolli posse; neque promissor tam imperitus, ut putet se, cum morietur, sufficere ad operis perfectionem.* Porro in re dubia ita stipulationem et mentem contrahentium interpretari debemus, ut videantur id sensisse potius, quo fit, ut stipulatio valeat: quam id quo fit, ut sit inutilis. *L. quoties in stipulationib. infr. eod.* Non eadem interpretatio recipi potest in illa stipulatione. *Cum morieris, Alexandriam venire spondes?* quoniam hæc verba, *venire Alexandriam*, non initium profectionis significant; quod per id tempus, cum promissor moritur, fieri potest; sed significant itineris perfectionem, eum qui proficisci cœperat, eo usque progressus est, ut sicut volebat, Alexandriam veniret. Hoc, ut dixi, neque promissor moriens præstare potest, neque per id tempus cum moritur, alius. Eo fit, ut dum aliud ex verbis accipere non possumus, relinquatur stipulatio impossibilis; quam proinde recte nullius momenti esse dicimus. Itaque si quis promisisset ire Alexandriam, cum morietur, aliud probaremus ex constitutione Justiniani. Hic enim ire dicitur, qui ire incipit, etiam si Alexandriam non veniat. † 8
Hujus juris, et constitutionum Justiniani hæc summa erit: Si quis simpliciter promittat se quid facturum; quodcunque id erit, transmittetur stipulatio ad heredes, et adversus heredes; non aliter quam si se promisisset daturum. *L. veteris, C. eod.* Hoc ideo, quia omnis hujusmodi stipulatio statim ab initio valet, ea re promissa, quæ potest a promissore præstari: et quia stipulatio valet, hanc vult Justinianus æque ac si in dando esset, ad heredes pertinere; quasi non minus ab herede fieri possit, quod defunctus promisit se facturum; quam dari ab herede, quod se defunctus promisit daturum. Quod si addiderit quis, *cum moriar:* si quidem se daturum promisit; et hoc citra controversiam omni jure ad heredes transmittitur. Sin promisit se facturum aliquid: etiam hic voluit Justinianus heredes promissoris obligari. Sed monemus diligenter videndum esse, quid promittatur: nam si promittitur id factum, quod constet inchoatione operis, progressu, et perfectione: placet Justiniano in *d. L. ult. C. eod.* videri per id tempus quo promissor morietur, promitti inchoationem operis, quod deinde perficiendum tradatur heredibus: ut sic promitti intelligatur, quod fieri potest, sitque hoc modo etiam stipulatio utilis, quando verba stipulationis id ferunt. Quod si quis promiserit non inchoationem alicujus rei, sed nominatim et inchoationem et perfectionem, ut cum promittit se non iturum aliquo, sed venturum: tum stipulatio ad heredes non pertinebit: non quod velimus quidquam de constitutione Justiniani excipi; sed quod, ut ad heredes stipulatio transeat, prius est, ut ipsa ab initio constiterit: quod non fit, ubi quid promittitur in tempus mortis, quod per id tempus fieri non potest. Idque efficitur etiam verbis constitutionis; non enim simpliciter Justinianus, si stipulatio in faciendo sit, jubeat eam adversus heredes transmitti; sed addit, *ad similitudinem in dando conceptæ stipulationis.* Quibus verbis declarat, quibus in causis stipulatio, quæ in dando sit, non valet, nec transit ad heredes: in his ipsis hoc sentire se, ne stipulatio faciendi valeat, aut ad heredes perveniat. At etiam in stipulationibus dandi hoc accidit, ut si quid intra tam breve spatium promittatur, ut constet per id tempus

natura fieri non posse: nec stipulatio valeat, multoque minus transeat ad heredes: ut fit in illa stipulatione, hodie Carthagini dare spondes? Quapropter et in similibus faciendi obligationibus idem admittemus, vel ex ipsa constitutione *L. ult. C. eod.*

Ad §. *Si ita stipulatus fuero.*

Si ita stipulatus fuero, *cum volueris:* quidam inutilem esse stipulationem ajunt: alii ita inutilem si antequam constituas, moriaris: quod verum est. Illam autem stipulationem: *si volueris, dari?* inutilem esse constat.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc;* Si volueris dabis? *inutilis est.*
2. *Stipulatio,* Cum volueris dabis? *an valeat.*
3. *Stipulationes hæ,* Cum volueris, *et,* Si volueris dabis? *in quo conveniant, quo differat.*
4. *L.* Expressa, de R. I. *declaratio.*

1 Hæc stipulatio citra controversiam est inutilis, *dabis si volueris?* ut hic diserte scriptum est, de quo genere dixi ad *L. sti-*
2 *pulatio non valet.* 17. *sup. eod.* † Consentaneum videbatur et hanc existimari debere inutilem, *dabis, cum volueris?* eum in *L. quodcunque præced.* §. *pen.* constituerimus inter hæc nihil interesse, cum veneris, et si veneris; cum morieris, et si morieris. Et hoc quidam ex veteribus similitudinem hanc per omnia secuti existimarunt. Paulus statuit posteriorem stipulationem esse utilem; non quia non sit sub conditione ut prior illa, Dabis, si volueris? sed quia ita sit sub conditione, ut si conditio extiterit, pecunia debeatur. Si conditio extiterit, inquam: non aliter, ut est lex omnium conditionalium stipulationum. *L. a Titio infr. eod.* Ideo Paulus ita utilem futuram ait, si promissor ante, quam moriatur, constituat se dare velle: sin prius moriatur, quam constituat, inuti-
3 lem. † Ergo sententia Pauli multum interest inter has conceptiones. *Si volueris,* et, *Cum volueris:* quod Ulpianus negat in *L. quodcunque, præced.* Non sunt hæc pugnantia: sed uti res sunt, de quibus agitur, ita vere utrumque dicitur. Si de conditione injicienda et significanda quæritur, re vera inter istas conceptiones nihil interest: utraque enim pariter conditionem continet. *L. si Titio, supr. quan. di. leg. ced.* Hoc Ulpianus sensit in *d. L. quodcunque* Id ipsum et Paulus hoc loco confirmat, qui ex hac stipulatione, *dabis, cum volueris?* negat quidquam deberi prius, quam velle te ostenderis: idest, prius quam conditio extiterit. Sin agitur de conditione exprimenda: aperte hæ conceptiones differunt: quod et declaratur in *d. L. si Titio.* Nam his verbis, *Si volueris,* exprimitur ipsa conditio, ac per conditionem significatur tempus, cum illa existet. Illis autem, *Cum volueris,* palam est non exprimi conditionem, sed tempus, etsi per tempus significatur conditio. Hinc discrimen juris hoc loco traditum: nam si his verbis, *cum volueris,* conditio non exprimitur; fit locus regulæ juris, qua ita traditur, expressa nocent, non expressa non nocent. *L. expressa, infr. de reg. jur.* † Cujus hic est sensus: quæ 4
legato, aut stipulationi lex adjici vetat, ea si exprimantur, nocere: sin non exprimantur, sed tegantur verbis, etsi eandem significationem habeant, non nocere. *L. si quis Sempronium,* 68. *supr. de her. instit. L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* Hoc jus ad hanc conditionem, *si volueris,* omnino pertinet: hanc enim conditionem stipulationi adjici lex vetat. *L. sub hac, supr. prox. tit.* Ergo juxta regulam juris, conditio expressa nocebit; non expressa non nocebit: id quod a Paulo hoc loco traditur:

Ad L. *Qui sic stipulatur.* 47.

Ulpianus *libro L. ad Sabinum.*

Qui sic stipulatur: *Quod te mihi illis Kalendis dare oportet, id dare spondes:* videtur non hodie stipulari, sed sua die, hoc est Kalendis.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc:* Quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare spondes, *quæ verborum conceptione pura est, unde in diem esse probetur.* et n. 4.
2. *Regulam de ambigua stipulatione contra stipulatorem interpretanda ad propositum non pertinere, et quando ea non utamur,* et n. 5.
3. *Novationem in proposita stipulatione nullam fieri.*

1 Qui sic stipulatur, Quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare spondes; ut est conceptio verborum, pure, non in diem stipulari videtur. Ut enim in diem sit stipulatio, non satis est diem stipulationi adjici; sed eum adjici oportet, quo pecunia detur, solvatur, quæ pecunia in eam stipulationem deducitur. §. *in diem, Inst. eod.* quod hic non fieri pespicuum est, si quis modo ea quæ verbis expressa sunt, non quæ significantur, consideret. Appellantur enim hic Calendæ certæ: sed quibus demonstretur, quid antea debueris, et quid stipulator nova hac stipulatione sibi dari velit; non antem quibus ex ea stipulatione eandem pecuniam solvas: cum ille sine ulla diei adjectione, quæ quidem verbis expressa sit, stipulatus sit sibi eam pecuniam dari. Placet tamen eum, qui ita stipuletur, ut supra scriptum est, iisdem illis Calendis, quibus ante pecunia illi dari debuit, nunc quoque stipulari videri. Sed probatione est opus: neque enim hic aperte dies adjicitur, quo pecunia solvatur, ut dixi: ac sine eo die stipulationem in diem esse dicere non licet. Ad hoc vero probandum periculose ex voluntatis conjectura statuetur, utemurque iis regulis juris quæ sunt de interpretatione ambiguæ aut obscuræ obligationis traditæ: sed hæc specie aut nos definient, aut etiam contra nos facere reperientur. † Nam si dicetur ideo stipulationem in easdem Calendas dilatam videri, quia in stipulationibus cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. *L. stipulatio ista,* §. *in stipulationibus, supr. eod.* referamus hoc de ambiguis stipulationibus dictum esse, quæ verbis ut prodesse possunt stipulatori, ita possunt et promissori: ad eas autem, quibus aperte pro stipulatore quid comprehensum est, non pertinere. *L. cum quæritur, supr. de reb. dub. L. quidquid, infr. eod.* Quæremus igitur, quænam hic sit ambiguitas circa diei adjectionem: cum nihil sit apertius, quam stipulatorem sine die stipulatum esse sibi dari. Sed demus hic aliquid esse ambigui, aut, aut obscuri propter commorationem Calendarum præcedentis obligationis; tamen ne sic quidem ea regula nos adjuvabit. Tunc enim ea non utimur, quoties contra stipulatorem interpretando futurum est, ut stipulatio sit inutilis, ut docuimus ad *d.* §. *in stipulationibus.* Atqui si quod Calendis te dare oportet, creditor a te iisdem Calendis dari stipulatur, ut stipulationem propositam vult accipi Ulpianus; eveniet, ut posterior ista stipulatio nihil egerit: quia nullum commodum creditori afferat, ut ostedimus ad *L. qui his idem, sup.* Proinde in re ambigua id actum interpretari non debemus; sed adversus promissorem convertere interpretationem, quasi et verbis, et sententia contrahentium creditor pure sit stipulatus. In eoque alteram illam regulam servabimus qua præcipitur, in stipulationibus et omni oratione ambigua id esse accipiendum quo res sit in tuto, et quo contrahentes aliquid egisse videantur *L. quoties in stipulationibus, infr. eod. L. ubi, supr. de reb. dub. L. si quando supr. de leg.* 1. *in fi. inf. ad muni.* † Nec 3
mihi hic audiendi videntur, qui fatentes stipulationem propositam in easdem Calendas dilatam videri, negant ideo stipulationem fore inutilem, quod dicant ea interposita novationem fieri prioris obligationis; nam unde hæc illis novatio colligitur? An igno-

ramus, quid apud Justinianum scriptum sit in §. *præterea. Inst. quib. mod. toll. obl.* nunquam ne veteribus quidem existimatum fuisse novationem fieri, cum ab eadem persona idem stipulamur, nisi quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies, aut fidejussor adjiciatur, vel detrahatur. At hic stipulatur creditor creditor ab eodem reo non solum idem, quod illum dare oportet, sed etiam eadem die. Quare de responso nihil aliud quærimus, quam voluntatis coniecturam ex regulis juris de hujus interpretatione traditis, non facile in eo reprehensio-
4 nem effugiemus. † Quid ergo est? et non longius responsi ratio petenda est, quam ex ipsis verbis stipulationis: hæc vero abunde hoc continent, quod Ulpianus videri respondit. Stipulatur creditor, *quod te mihi Calendis illis dare oportet.* His verbis non addidit quidem Calendas, quibus dari stipuletur: sed stipulatur rem, quæ ante illas Calendas esse non potest: hoc vero tantumdem valet. Quoties enim stipulamur rem, quæ ante certum tempus esse non potest, toties ex re ipsa dilationem capit stipulatio, et id tempus stipulationi inesse intelligitur, cum res promissa per rerum naturam præstari potest: veluti, cum id quod in utero est, aut fructus futuros stipulamur. *L. interdum infr. eod.* Non dubium autem, quin hujus generis rem significent hæc verba, *quod da dare oportet*, cum id quod debes, debes in diem, puta Calendis Januariis. Id enim te dare oportet, quod jam nunc oportet, idest, quod a te peti potest. *L. si stipulatus, 76. in fin. L. si a colono, L. cum stipulamur, 125. infr. eod.* non potest autem, quod in diem debetur, ante peti, quam is dies venerit. Ita fit ut in eo, quod Calendis debes, ante eam diem non sit, quod possit dici te dare oportere: sed tunc solum cum Calendæ venerint. Quod si ante non est, quod promittitur, ac proinde natura id tempus exspectandum est, cum esse incipiat: satis natura rei promissæ hoc ipsum tempus stipulatione comprehensum intelligitur, *d. L. interdum.* Adeoque inest id tempus his verbis, *quod te dara oportet:* ut si creditor, cui Calendis debetur, stipulatus sit simpliciter dari, *quod te dari oportet*, nec adjecerit, *Calendis*, ut diceret, quod te Calendis dare oportet; atque ita nulla penitus mentio Calendarum in stipulatione facta sit: tamen idem juris esse existimari debeat, ut non hodie, sed solum Calendis stipulatus videare; scilicet quia non magis hoc casu verum est te ante Calendas dare oportere, quam superiore. Quo de vi et potestate verborum constituto, non solum ratio responsi erit expedita circa dia adjectionem, de qua ambigitur; † sed etiam 5
erit paratum, quod respondeamus, si quis objiciat, quod alioqui ad interpretationem ambiguæ stipulationis confugientibus facile dilui non potest. Id autem est; in stipulationibus si ambigua oratio est, commodissimum esse id accipi, quo res de qua agitur, in tuto sit. *L. quoties in stipulationibus, infr. eod.* In proposito autem contra fieri, si in hac stipulatione interpretemur creditorem quod sibi debebatur, eadem die esse stipulatum, qua prius debebatur: ubi posterior stipulatio, et quæ de eadem re est, et nullum fructum affert, nullius est momenti. *d. L. qui his, supr. eod.* Respondebimus nimirum recte hæc dici in ambigua oratione; nihil autem hic esse ambiguum aut obscurum de Calendis adjectis; sed hos verbis stipulationis satis esse comprehensas hoc ipso, quod creditor stipulatur quo te dare oportet, cum illis solum Calendis te dare oporteret.

Ad L. *Si decem cum petiero.* 48.

Ulpianus *lib. XXVI. ad Edictum.*

Si decem *cum petiero*, dari fuero stipulatus; admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio: et ideo licet decessero prius quam petiero, non videtur defecisse conditio.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*, Cum petiero dabis? *an conditionalis.* et n. 3. 6.
2. *In conditionibus stipulationum voluntas contrahentium maxime spectanda: ut et in conditionibus testamentorum voluntas testatoris.*
4. *Stipulatio hæc*, Cum petiero dabis, *pura est et ad heredes transit.*
6. *Conditio omnis, sive in faciendo sive in dando sit, in personam certam collata eam non egreditur.*
7. *Conditio illa*, Si Tutor satisdederit, *in tutore dando a Magistratu adscripta, diversa omnino ad ea, quæ stipulationi huic inseritur:* Si petiero dabis.

1 Diximus et ad *L. quodcunque*, §. *non solum*, et ad *L. centesimis*, §. *ult. supr. eod.* idque illis locis ita traditum est, hujusmodi conceptiones, Cum veneris, cum morieris, cum volueris, conditionem in se habere, Si veneris, si morieris, si volueris. Si nobis constare vellemus, convenire videbatur, ut hanc quoque conditionem habere diceremus, *cum petiero*: ut in hac stipulatione, *decem cum petiero, dabis?* ut in hoc legato, fundum cum ille a te petierit, ei des, restituas; et conveniebat omnino si verba tantum sequeremur: nam hæc illis omni ex parte simi-
2 lis conceptio est. † Sed ut in omni alia parte stipulationis; sic in hac maxime, in qua de conditionibus agitur, id quod actum est; idest, voluntas contrahentium spectanda est, ut et in conditionibus testamentorum voluntas testatoris. *L. semper in stipulationibus, infr. de regul. jur. L. in conditionibus, supr.*
3 *de cond. et dem.* † Hoc secuti veteres hanc speciem, *cum petiero* ex omnibus similibus exceperunt, negaruntque constanter in ea conditionem inesse: in (1) stipulationibus quidem hoc loco, et *L. si ita quis*, 135, *infr. eod.* in legatis autem in *L. Titia heredis. supr. de cond. et dem.* scilicet quia, inquit hoc loco Ulpianus, *admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio.* An his verbis a creditore adjectis id agatur, ut admoneatur debitor de pecunia reddenda, quo celerius reddat, et sine mora, non indiget probatione. Verba enim satis ostendunt: cum ita fiat, ut pecunia reddatur sine mora, si ubi primum stipulator petierit, reddatur. Atqui hoc posito consequens est non inesse in his verbis conditionem: non enim tantum non convenit hic finis conditioni; sed etiam plane conditioni est contrarius. Adjiciuntur hæc verba *cum petiero*, ne re differatur creditori: conditio vero omnis adiicitur rei differendæ causa, §. *sub conditione*, *Instit. eod.* Ex mente igitur et sententia contrahentium hic conditionem esse negabimus; etsi maxime figura orationis conditionem præ se ferat. Simile quiddam constitui et circa diem licet animadvertere. Dicimus enim et die adjecto differri petitionem: itaque et eam dilationem diei inesse. §. *in diem. Instit. eod. L. eum. qui Calendis*, §. *ult. supra, eod.* At hoc sic acceptum est; nisi appareret diem adjectum esse, non differendæ solutionis causa; sed aut repræsentandæ, aut multiplicandæ obligationis gratia. Ut fit, cum stipulamur, hodie nobis dari: aut cum stipu-

(1) Covar. *pract. QQ. C.* 39. *n.* 6. non negare IC. conditionem subesse, quamvis non principaliter, quia ait, dum subdit non defecisse conditionem, innuit eam adfuisse, quæ non deficit, licet nec existerit, quia diversa sunt exsistere, et non deficere *L.* 17. §. *pen. ad Treb.*

lamur dari decem singulis annis: de quibus plura diximos ad *d. L. eum, qui Calendis*, §. *ult. supr.* Si in his verbis, *cum petiero*, non est conditio: recte infert Ulpianus, licet prius decesserit creditor, quam peteret; non videri defecisse conditionem, non enim potest deficere, quæ nulla est. † Significat
4 autem puram esse obligationem, et quamvis stipulator ante decesserit, quam peteret; non eo minus obligationem transire ad heredes: qui qood a defuncto petitum non est, non minus suo jure queant petere: non enim esse metuendum, ne illis obstet conditio, quæ non defecit, vel quæ potius nulla est. Quid si hæc verba, Cum petiero haberent conditionem? consequens esset nimirum stipulatore prius, quam peteret, mortuo, heredibus nihil deberi, quia conditio personæ injuncta defecisset: ut in legato hac conditione relicto. Si legatarius voluerit, diserte scriptum est in *L. si ita expressum, supr. de cond. et dem.* Idque ipsum aperte Ulpianus hoc loco significat: qui quod dicit stipulationem transire ad heredes, ex eo colligit, quod prius stipulationem conditionem habere negavisset. Ipsæ quidem faciendi stipulationes ad heredes transeunt constitutione Justiniani, ut non minus factum in stipulationem deductum impiere possit heredes, quam defunctus: nec minus impleri heredibus, quam defuncto.
5 *L. veteris, C. de cont. et com. stip.* † At conditio omnis in personam certam collata, personam non egreditur; ac nisi in persona ejus impleta sit, deficit; non tantum si sit in faciendo, sed etiam si in dando. *L. qui heredi, d.*
6 *L. si ita expressum, supr. de cond. et dem.* † Et certe absurdum est, si quis in hac stipulatione *decem si petiero, dabis*, fingat conditionem inesse, et aut conditione non impleta quidquam deberi velit vel ipsi stipulatori, vel ejus heredibus: aut velit conditionem ab heredibus impleri posse. Prius natura conditionis et jus certum repudiat. §. *sub. conditione, Inst. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Conditionem autem implere quumodo proposito heredes possunt? petent illi, inquies, qood defunctus potuit. At hoc non est implere conditionem: quantumvis enim petant; semper tamen verum erit, stipulatorem non petiisset. Atqui hoc in conditione positum erat, si stipulator petiisset, non si heredes. De quo iterum dicendum erit ad
7 §. *Agerius. L. qui Romæ, infr. eod.* † Ad hoc infirmandum quid valeat exemplum *L. muto* §. 1. *supr. de tutel.* non animadverto; quo tamen ad eam rem quidem ututur. Illic ita scriptum est, hanc adjectionem, quam Præsides provinciarum faciunt, *Tutorem do, si satisdederit*, non cunditionem in se habere sed admonitionem: non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit. Et quid habent, quæso, simile inter se conditio illa, *si tutor, satisdederit*, in tutore dando a Magistratu adscripta, et hæc conditio, *si petiero*, in hac stipulatione, *decem si petiero, dabis?* Ills adjectio, *si tutor satisdederit*, conditionem in tutoris datione non habet, quia frustra adiicitur duobus de caussis: Primum quia tutor a Magistratu sub conditione dari non potest. *d. L. muto.* §. 1. Deinde quia conditio est, quæ etsi non adiiceretur, inesset tamen: nam aliter non committitur tutori administratio, quam si satisdederit. *L.* 3. *et tot. tit. C. de tut. et cur. qui sat. non ded.* Quæ conditiones extrinsecus tacite insunt, si adjiciantur, supervacanæ sunt; eoque pro adjectis non habentur, nec stipulationes aut legata reddunt conditionalia. *L. Cornelius, supr. de her. inst. L. conditiones quæ, supr. de cond. et dem.* In hac conditione, *si petiero*, cum stipulationi adjicitur, diversa omnia. Non ut tutoris dationi cunditio adjici non potest; ita non potest stipulationi. Hæc ut cætera omnia, ita diem et conditionem ex consensu contrahentium recipit. §. *omnis. Inst. eod.* Atque ut a contrahentibus jure adjici potest: ita si videtur contrahentibus eam adjicere, non est supervacua: ut quæ non adjecta nequaquam inesset stipulationi. Nam si pure decem sim stipulatus, statim ea debes sive non petam. Quid mirum, si in conditione et verbis et ratione tam dissimili atque adeo contraria, contrarium quoque jus statuimus? Imo vero conditionis superioris argumento ita hic constituit oportuit, ut diximus. Omninoque in hac conditione, *si petiero*, id accidit, quod in illa, *si voluero*. Etsi enim quod mihi legatum est, nunquam petam, nisi velim: tamen si ita relictum sit, *si voluero*, ea adjectio conditionem habet ac nisi constituam ipse me velle nihil debebitur nec mihi, nec heredibus. *d. L. si ita expressum, supr. de con. et dem.* scilicet, quia hac conditione detracta, *si voluero*, legatum meum fieret statim, etiam priusquam quidquam de eo constituissem: si modo id quandoque postea non repudiaretur. *L. eum pater.* §. *surdo, supr. de leg.* 2. *L. si partem. in fin. supr. quem ser. amit. L. si tibi homo*, §. *cum servus. supr. de leg.* 1.

Ad L. *Cum filiasfamilias.* 49.

Paulus *libro XXXVII. ad Edictum.*

Cum filiusfamilias Stichum dare spoponderit, et cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus: datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius meus ex stipulatu obligatus. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius: sed utilis actio in patrem danda est: quæ omnia et in fidejussoris persona dicuntur.

SUMMARIA.

1. *Regula de periculo rei debitæ amissæ.*
2. *Debitorum plurium, qui eandem rem debent, uno moram faciente, altero non faciente, an re debita amissa, qui moram fecit teneatur, qui non fecit liberetur; an vero unius factum ad alterum etiam pertineat.*
3. *Debitorum, qui alterius nomine obligati sunt, duo genera.*
4. *Principalis debitor si moram fecit, post, re perempta, perpetuo tenetur: si non fecit, ita liberatur, ut nullius factum aut mora ei nocet.*
5. *In fidejussore aliisque accessionibus aliud summi juris, aliud æquitatis ratio exigit.*
6. *Ex fidejussoris facto aut mora ipse fidejussor sine exceptione, non reus principalis tenetur.*
7. §. ult. L. Mora, supr. de usur. *explicatur.*
8. *Fidejussor cur ex facto suo principali obligatione extincta teneatur, et qua actione.*
9. *Antinomiam Pauli et Papiniani conciliata.*
10. *Fidejussor, qui moram non fecit, duobus tantum casibus interitu rei liberatur.*
11. *Principalis debitor moram faciendo perpetuas obligationem non tantum sibi, sed etiam accessionibus suis.*
12. *Cur diversum in liberatione fidejussoris et rei.*

1 Quod traditur in *L. si ex legati, supra re debita*, amissa, si quidem postquam quam per debitorem factum sit, quominus daret, debitorem perpetuo teneri; si ante, liberari: an in pluribus qui eandem rem debent, per-
2 petuum sit, tractatum est. † Quæritur enim uno ex his moram faciente, altero non faciente utrum in singulis soperiorem regulam servemus; ut qui moram facit, juxta regulam teneatur; qui non fecit, liberetur. An vero unius factum ad alterum etiam pertineat, ut vel unius mora alteri noceat, atque hoc modo ambo teneantur: vel contra unius fides alteri prosit, ut sic pariter ambo liberentur: de quo et hoc loco, et aliis quibusdam tum hoc titulo, tum alibi sparsim constituitur. Idcirco de eorum sententia conjunctim dicendum est: ut quo illi referri debeant, et simul quid sit id, de quo quæritur, intelligatur. Et refert, utrum de principali reo agatur, an de accessionibus: sic enim ex debitoribus vocamus eos, qui alterius nomine obligati sunt. *L. si servum*, §. *nunc videamus, infr. eod. L. in omnibus*
speciebus, infr. de solu. † Quorum duo sunt 3
genera. Unum eorum, qui se ipsi sua voluntate pro alio obligarunt: quo in genere sunt fidejussores, mandatores, et pecuniæ constitutæ rei. *L. ult. C. de const. pec.* Alterum eorum, quos jus obstringit pro aliis: qualis est pater ex contractu filiifamiliæ hic enim ex contractu suo tenetur in solidum et suo nomine, itaque principalis est debitor. Accedit pater, qui ex eadem caussa tenetur jure filii nomine de peculio. *L. qui cum filiofam. supr. de pecul.* quæ caussa est, cur his locis non tantum agatur de reo, et fidejussore, sed etiam de filiofamil. et patre,
qui filii nomine de peculio tenetur. † Si de 4
principali debitore agitur. idest, eo, qui tenetur suo nomine: quando obligatio ab eo nascitur, ejus propria est, et ob id ex persona ejus æstimanda, non aliundo: eo fit, ut in eo superior definitio sine exceptione valeat in utramque partem, utpote nullius alterius facto impedita; ut si moram facit, nihil illi

prosit alterius factum, quominus re perempta teneatur, qui teneretur, si solus debitor fuisset: si non fecit, ita liberetur continuo ut nullius factum aut mora ei noceat, quo magis id debeat, quo si solus esset, non esset debiturus: ut vere dicturi simus superiorem definitionem proprie ad principales debitores pertinere. Propone ergo reum principalem moram fecisse, ac deinde rem debitam periisse. Placet eum omnimodo teneri: tantumque abest, ut si fidejussor moram in ea re solvenda non fecerit, id reo patrocinari debeat, ne teneatur, ut ne fidejussori quidem ipsi quidquam prosit: cum placeat rei moram etiam fidejussori nocere: idest, reum mora facta ita teneri, ut fidejussorem quoque in eandem obligationem secum trahat. *L. mora, inf. eod.* idemque de cæteris accessionibus dictum est in *L. si servum, §. nunc videamus, infr. eod.* Finge e converso eum moram non fecisse: sic deinde rem amissam. Placet eum juxta regulam sine exceptione liberari idest, ita, ut etsi forte fidejussor de ea re danda interpellatus moram fecerit, tamen mora ejus reo non noceat. Nam nec si duo rei promittendi essent, alterius mora alteri noceret. *L. mora, §. ult. supr. de usur.* Quippe fidejussoris aut alterius debitoris facto vel obligatione non pendet, quod reus principalis debeat; idque in persona patris et filii diserte hoc loco traditum est: cum negat Paulus filium teneri, si pater conventus, ut Stichum, quem filius promiserat daret, in mora fuit, et postea decessit Stichus. Adeoque verum est fidejussoris aliarumque accessionum, atque adeo aliorum debitorum moram reo principali, qui ipse moram non fecerit, non nocere, ut quamvis fidejussor non dico moram fecerit tantum, sed data opera Stichum promissum occiderit; statim promissor eo facto liberetur. *L. mora, in fin. infr. eod.* nempe secundum regulam: quia res prius periit, quam per eum staret, quominus daret. Nec beneficium juris, quod nec cessantibus tributum est, cujusquam facto, ex cujus persona non

5 pendeat, reo potest auferri. † Alia caussa est accessionum: puta, fidejussoris in re, cujus nomine pro reo intercessit; patris in re a filio ejus promissa, cujus nomine de peculio teneatur. Et quidem hi quia principali obligationi accedunt, ex qua et pendent: ideo nullo suo jure proprio uti videntur: sed ejus tantum, pro quo obligarunt, ut fit in accessionibus. Ac si summi juris rationem sequimur, fieri aliter non potest, quin reo moram faciente teneatur et fidejussor, quamvis ipse nihil fecerit. Contraque reo moram non faciento quin liberetur simul et fidejussor, quamvis ipse non dico moratus sit tantum, sed etiam hominem promissum occiderit, ut paulo post patebit. Quod si ita est, absoluta et de his, atque admodum expedita ratio est, etsi superiori contraria: ut statuamus eos, quatenus aliud quam reus principalis, fecerint, a regula superiore de interitu rei debitæ penitus recessisse: vel verius, regulam ad eos non pertinere. In summa autem quatenus teneantur, aut non teneantur, non ex ipsorum facto, sed ex rei principalis persona æstimandum esse. Itaque teneri eos, aut liberari, prout rei principalis obligatio aut liberatio præcesserit. Atque hæc, inquam, ratio summi juris exigit propter naturam accessionis; sed æquitatis ratione non per omnia probata sunt. Quin et in accessionibus quoque ipsis æquitas superioris regulæ interdum servatur, ut nec mora rei fidejussori non cessanti semper noceat: nec rei liberatio fidejussorem frustrantem adjuvet:

quod qnatenus receptum sit, videamus. † Et 6

in eo fidejussore (quod de fidejussore dico idem volo intelligi de cæteris accessionibus in eo, inquam, fidejussore per quam factum est, quominus daret, absolutum est. hunc juxta regulam teneri, et quidem sine ulla exceptione: non enim tantum ita tenetur, si et reus ipse moram fecerit (quo tempore duplici nomine fidejussorem teneri oportet; et suo, quia moram fecit; et debitoris nomine, quia hujus mora fidejussori quoque nocet, de quo postea) sed etiam tenetur, etsi reus in mora non fuerit, sed ipse solus. Quo casu et reus per quem factum non est, quominus daret, liberatur juxta regulam; et fidejussorem, per quem factum est, ex eadem regula teneri placet. Hoc de fidejussore qui hominem promissum occidit, scriptum est in *L. mora, in fin. infr. eod.* sed valet nihilominus et in eo, qui, tantum moram fecit: quod hoc loco declaratur in persona patris, qui in Sticho dando, quem filius promiserat, moram fecit, postquam decessit Stichus. Nam hic et filium, reum principalem teneri negat Paulus, et in patrem utilem actionem dandam esse ait: et nominatim hæc omnia in fidejussoris persona dici subjicit. Sed non tenetur hoc casu fidejussor summo jure, ut supra dixi: quia secundum naturam accessionis hoc sit, ut obligatione et caussa principali sublata liberentur et tollantur accessiones. *L. in omnibus speciebus, infr. de sol. L. cum principalis, infr. de de reg. jur.* Quod et in hac specie de fidejussore nominatim scriptum est in *L. si fidejussor, supr. de dol.* ex quo sensu in *L. mora, in fin. supr.*

7 *de usur.* absolute scriptum legimus, † si fidejussor solus moram fecerit, eum non teneri, sicuti si Stichum promissum occiderit: nam hoc ita dictum esse, ut intelligatur ipso jure non teneri, sequentia evidenter ostendunt: subjiciuntur enim haec verba, sed utilis actio in hunc dabitur. Non tenetur ergo fidejussor his casibus ipso jure: sed tenetur ex legis sententia, quia etsi principalis obligatio sublata sit; tamen accessoriam obligationem adversus fidejussorem retineri his casibus aequum est. *L. si libertus moram supr. de op. lib.* Hinc utilis actio adversus fidejussorem in hac re, non directa, *d. L. mo-*
8 *ra, in fi. de usur. et hoc loco.* † Retinendae autem autem hoc casu fidejussuriae obligationis aequitas haec est, quam Paulus ostendit in *L. si servum. §. nunc videamus infr. eod.* quod non conveniat fidejussorem facto suo tollere suam obligationem. Recte: nam si dolo fecit, quominus daret; iniquissimum est eum ex suo delicto meliorem conditionem suam facere. *L. non fraudantur. §. nemo infr. de reg. jur. L. 1. supr. de dol.* Sin culpa; tamen aequum est, quod regula juris traditur, factum cuique suum nocere, non adversario. *L. factum infr. de reg. jur.* ut in universum verum sit illud, valeatque in omnibus etiam accessionibus, quod dicitur, unicuique suam moram nocere. *L. in condemnatione. §. unicuique, infr. de reg. jur.* Et teneri quidem hoc casu fidejussorem inter omnes veteres convenit: sed qua actione, potest dubitari, utrum ex stipulatu utili, an de dolo: nam aliud atque aliud de eo traditum videtur. Et hic fidejussorem ex stipulatu conveniri posse a Paulo scriptum est diserte in *d. L. mora, in fi. infr. eod.* quae et Papiniani sententia est in *L. Stichum, 1. res in fin. infr. de sol.* ubi actionem ex stipulatu non directam; sed utilem intelligi debere ex hoc loco, quo ejusdem Pauli est, plane constat, itemque ex *d. L. mora, in fin.*
9 *de usur.* † Sed videtur repugnare *L. si fidejussor, supr. de dol.* ubi idem Papinianus in hac ipsa quaestione refert Neratium Priscum et Julianum respondisse adversus fidejussorem de dolo actionem reddi. Nec quidquam adjicitur, quo significetur Papinianum eam sententiam non probare. Quinimo cum eorum sententia utatur; neque id solum, sed etiam rationem adjiciat, qua fiat, ut obligatio fidejussoria per consequentiam tollatur: utrumque argumento est ab eo illam sententiam ut veram, et quam ipse quoque sequatur, referri. Quod si verum est, utilis actio tollitur: quandiu enim alia actio est, de dolo non datur. *L. 1. in prin. et §. ait, supr. de dol.* Et ita esse putaremus, nisi de sententia Papiniani ex aliis locis in Pandectas relatis aliud nobis constaret: quod cum fiat, quaestio tollitur. Refert ergo ut dixi, Papinianus veterum illorum sententias in *d. L. si fidejussor,* sed refert tantum, non probat. Neque hoc eum dicimus, divinamus. Is enim in *d. L. Stichum, 1. res. ver. sane, infr. de sol.* in hac specie actionem de dolo aperte removens fidejussorem ex stipulatu actione teneri nominatim scribit. Huensque igitur regula juris de periculo rei debitae amissae servatur plane et in accessionibus, ut in fidejussore, cum is prius moram fecit, aut hominem promissum occidit: postquam placet eum hoc casu omnimodo teneri, siva reus quoque in mora fuerit, sive non fuerit. Est etiam cum servetur eadem regula in fidejussore in alteram quoque partem, idest, et tunc eum res sine mora ejus perit: hic enim conveniebat regulae, ut qui moram non fecit, is interitu rei liberaretur. † Id vero et in hoc fidejussore receptum est; verum non passim, et indistincte 10 ut supra placebat moram fidejussoris eum semper obligare; sed duobus tantum casibus uno, si ambo et reus et fidejussor moram non fecerint (quod tamen neque dubitationem habet ullam, neque ad id de quo quaerimus satis, pertinet. Agimus enim de duobus, quorum unus moram fecit, alter non fecit: quaerimusque, utrum unius factum alteri prosit, aut contra noceat) Alter casus est, et is solus, qui ad rem facit, si reus quidem moram fecerit, ut sit eur ejus mora fidejussoris noceat; verum fidejussor non contentus in moram non incidere, etiam illud caverit, ut rem debitam creditori ultro offerret, quam illa sine justa caussa accipere recusavit. Hic enim placuit re postea amissa fidejussori succurrendum esse: ut est in *d. L. mora infr. eod.* quo verbo utuntur juris auctores, cum significare volunt aliquid communi et mero jure non tribui; sed extra ordinem auxilio et beneficio Praetoris ex aequo et bono. *L. in caussa, 1.* juncta *L. in caussa, 2. supr. de minor.* Quod et in hac caussa accidit. Reo enim, qui moram fecit, obligatio non potest jure, quin et fidejussor ex stipulatione simul obligetur, de quo mox plura. Sed quod Marcellus in una sp.cie dixit in *L. qui decem, infr. de sol.* id pertinet ad omnes, non esse aequum teneri pecuniam amissa eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset: hinc doli exceptio, cujus ope adversus intentionem alioqui Jure Civili comparatam fidejussor defendetur. *d. L. qui decem.* Proinde et illud consequetur, ne pe-

riculum rei amissæ ad ipsum, qui in mora non fuit, pertineat. Sed hæc defensio non tam ex eo est, quod fidejussor moram non fecit, aut etiam rem debitam obtulit, quam quod in hac oblatione creditor non accipiendo moram fecit: quam æquum est ipsi nocere juxta regulam juris; Unicuique sua mora nocet. *L. in condemnatione*, §. *unicuique inf. de reg. jur. L. illud. sup. de per. et com. rei vend.* Cæterum ubi hac oblatione sibi non prospexit fidejussor, itaque nulla mora est, quæ creditori obiici possit: jam hic locus est in quo non servatur idem in fidejussore, reliquisque accessionibus de interitu rei debitæ, quod in reis principalibus, quodque in universum traditur in *d. L. si ex legati*, *supr.* Non enim fidejussor qui moram non
11 fecit, liberatur juxta regulam: † sed reo principali moram faciente, hujus moram fidejussori quoque nocere placet; Ut sic re postea perempta una cum reo qui moram fecit, teneatur et fidejussor, quamvis ipse in mora non fuerit. *d. L. mora, infr. eod. L. si quis solutioni*, §. 1. *supr. de usur.* Quod jus ut intelligatur ad omnes accessiones pertinere, idem et de patre hic scriptum est in ea re, quam filius ejus ex contractu debuit, ac cum per eum staret, quominus daret, res amissa est. Idque est etiam, quod veteres dixerunt, principalem debitorem moram faciendo perpetuare obligationem non tantum sibi, sed etiam accessionibus suis. *L. si servum*, §.
12 *nunc videamus, infr. de verb. ob.* † Sed cur secundum regulam non liberatur fidejussor, qui moram non fecit, itidem ut liberatur reus, qui moram non fecissit? Obstat conventio. Fidejussor enim, inquit Paulus, in totam caussam spopondit. *d. L. si servum*, §. *nunc videamus, in fin. infra*, id est, spopondit, quidquid reum ex caussa, cui accessit, præstare oporteret; et ut forte nominatim idem corpus fidejussor spoponderit: tamen hoc idem valet. Cum enim post moram promissoris homo decessit, perinde tenetur, ac si homo viveret, *L. nemo*, §. 1. *infr. eod.* Quod autem ad reum principalem attinet, si is re ante moram ejus amissa non tenetur: non mirum. Nam suo nomine teneri non potest, qui in mora non fuit: alterius autem nomine, qui ipse moram fecerit, ideo non tenetur, quia pro se non obligavit. At enim non debet factum alterius nocere ei, qui ipse nihil fecit. *L. de pupillo*, §. *plurium, supr. de op. nunc.* Hoc ita verum est, nisi se pro altero obnoxium fecerit; nam et alias traditur neminem ex alieno contractu aut obligatione conveniri posse; sed ubique eum hac exceptione, nisi fidem suam in eam caussam obstrinxerint. *L. pen. C. ne ux. pro mar. L. 1. C. ne fil. pro pat.* quanquam dici potest, postquam fidejussor fidem suam obstrinxit, non tam videri eum facto alieno obligari, quam suo. Sed cum naturalis et civilis ratio suadeat alienam conditionem meliorem facere nos posse; deteriorem non posse, ut est in *L. solvendo, supr. de neg. gest.* an non videtur præpostere constitui, ut rei principalis factum, nempe mora, fidejussori noceat; si quod sit autem factum, quod illum liberet, id fidejussori non prosit? Constitueretur et præpostere et inique, si in universum constitueretur, quod longe aliter se habet. Nam in contrariam partem sic potius juris ratio est, ut non tantum in omnibus liberationibus obligationum liberentur et accessiones; *L. in omnibus specieb. infr. de sol.* sed etiam quæcunque sunt exceptiones, quæcunque defensiones rei cohærentes, quæ reo tribuuntur, eædem et fidejussori competant et prosint. *L. exceptiones quæ, supr. de except.* Sed nimirum hoc tamdiu fieri æquum est, quoad fidejussoris delictum id fieri non prohibebit. Prohibet autem in hac specie, cum fidejussor aut moram fecit, aut animal promissum occidit: ubi indignum plane est eum facto suo et delicto consequi liberationem, ut supra ostendi.

Ad §. *Si stipulatus sim per te.*

Si stipulatus sim per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat, et fidejussorem accepero: si per fidejussorem steterit, neuter tenetur: si per promissorem, uterque.

SUMMARIA.

1. *Fidejussor in stipulatione, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, quomodo utiliter occipiatur.*
2. *Promissoris factum, si per eum stet, quo minus stipulatori ire agere liceat, utrique et promissori ipsi, et fidejussori nocet.*
3. *Fidejussoris facto per quem stetit quo minus stipulatori ire agere liceret, promissor non tenetur.*
4. *Fidejussor, qui stipulatorem ire agere prohibuit, an ex suo facto teneatur.*
5. *Fidejussor in proposito stipulatorem prohibendo moram non facit.*
6. *Mora et factum fidejussoris quatenus ipsi fidejussori nocere dicatur.*

1 Stipulatus quis est per promissorem non fieri, quominus sibi ire agere liceret, et fidejussorem accepit. Fidejussorem utiliter acceptum intelligere debemus. Sic autem utiliter accipitur, non si promittat itidem per se non fieri, quominus stipulatori ire agere liceat; sic enim aliud promitteret, quam reus principalis, quo modo fidejussor obligari non potest. *L. græce, §. si quis Stichum infr. de fidejus.* Neque rursum si promittat per promissorem non futurum, quominus stipulanti ire agere liceat. Sic enim factum alienum inutiliter promittitur etiam a fidejussore. *L. sicut, infr. de fidejus.* Sed si pro reo fidejubeat simpliciter, aut nominatim spondeat, quod promissorem ex ea caussa de qua agitur, dare oportet, si contra quam cautum est, fecerit: sic enim in eandem caussam, eandemque conditionem accipitur, quod recte fit, *d. L. græce, §. si quis Stichum.* Hoc autem recte intelligi non parum ad rationem hujus responsi explicandam conducit. Si unus ex debitoribus his, id est, vel reus, vel fidejussor fecerit, quominus stipulatori ire agere liceret; quæritur, an committatur stipulatio, et qui eo facto teneantur. Paulus in hac quæstione multum referre ostendit, utrum per fidejussorem stet, an per promissorem. *Si per fidejussorem, neuter, tenetur*, inquit; *si per promissorem, uterque.* Nihil certius: et ut ab eo, quod est notius, et prius in hac quæstione, id est, a promissore ordiar. Quod dicit, si per hunc steterit, quominus stipulatori ire agere liceret, utrunque teneri expeditum est, et superioribus iis, quæ initio capitis de mora et facto promissoris diximus,
2 plane convenit. † Ipsum promissorem hoc facto teneri, ut qui contra quem cautum est fecerit, notum est ex *L. 2. §. item si in facto, L. stipulatio isto. supr. eod.* neque de hac re ambigitur: sed potest de fidejussore dubitari qui ipse nihil fecerit. Hoc autem indicare voluit Paulus, etiam hic factum promissoris fidejussori nocere: quod ut dixi conveniens est et consequens superioribus. Moram enim rei fidejussori quoque nocere effectum est; idque ideo, quia re post moram debitoris perempta ipse perpetuo tenetur; fidejussor autem in totam causam se obligavit. Atqui quod efficit mora in reo principali obligando id efficit in stipulationibus in non faciendo conceptis, si quid promissor contra quam cautum est, fecerit. Sic enim, ut dixi, committitur adversus eum stipulatio, unde et obligari incipit: in quam causam se fidejussor obligavit. Quapropter et hoc factum eadem ratione utrique, idest, et reo et fidejussori nocebit. In summa autem hæc pars responsi nos admonet, cum de fidejussore obligando quæritur, quod de mora rei supra dictum est, hanc nocere etiam fidejussori ad omnia facta promissoris pertinere, quibus fit, ut ille ex stipulatione obligetur: tale est enim id, quod proponitur, cum stipulatorem
prohibet reus contra stipulationem: † Videa- 3
mus de facto fidejussoris; et quod negat Paulus, si per fidejussorem steterit, quominus stipulatori ire agere liceret, promissorem teneri; hucusque etiam hoc dicit, quod non obscuram rationem habet, quodque maxime cum superioribus convenit. Etsi enim quis concederet fidejussorem hoc facto adversus stipulationem facere, et ipsum ex stipulatione obligari: tamen constitutum est supra fi-

dejussoris moram vel factum reo non nocere.
† Sed quod fidejussorem etiam ipsum eo fa-
cto teneri negat ; verendum est, ne videatur
adversari superioribus, ac propterea falsum
esse : cum constituerimus, et jus certum sit,
fidejussoris moram et factum , etsi reo non
nocet, nocere tamen ipsi auctori , eumque in
obligatione retinere. *L. mora*, *L. si servum*,
§. nunc videamus, *infr. eod. L. si libertus*;
moram. supr. de op. lib. Sed nihil verius,
quam fidejussorem, qui stipulatorem ire age-
re prohibuerit, hoc facto ex stipulatione non
teneri. Neque subtili aliqua ratione , et vete-
ribus tantum cognita id efficitur ; sed ea ,
quæ est in promptu. Nihil enim hoc facto
peccatur adversus stipulationem : cum de eo
cautum sit, non ut ne per fidejussorem fieret,
quominus stipulatori ire agere liceret ; sed
ne fieret per promissorem. Quomodo igitur
teneatur fidejussor ex ea stipulatione , quæ
commissa non est, neque adversus promisso-
rem, qui promisit quidem se non prohibitu-
rum stipulatorem, sed contra nihil fecit : ne-
que adversus fidejussorem , qui prohibuit
quidem stipulatorem , sed non contra stipu-
lationem, cum de eo nihil cautum esset ? Ut
autem verissimum est hoc facto fidejussorem
in hac specie non teneri : ita nihil minus
iis, quæ ante de mora et facto fidejussoris
posuimus , adversatur. Quod enim dicitur
moram fidejussoris fidejussori ipsi nocere ,
vere dicitur, et quidem in omnibus caussis;
nec quidquam æquius : sed ad hanc speciem
7 non pertinet : † quandoquidem fidejussor in
proposito, stipulatorem prohibendo moram
non facit. Nulla enim mora est in recusando,
ubi id quod petitur , vel ipso jure , vel per
exceptionem non debeas. *L. si pupillus*, *infr.*
eod. Non debuit autem fidejussor ex stipula-
tione hoc præstare, ne stipulationem prohi-
beret, cum de eo neque reus quidquam ca-
verit, neque fidejussor; et si fecissent : tamen
utrumque inutiliter caveretur. Illic , quia
promitteretur factum alienum : hic, quia in
aliam causam interveniret fidejussor, ut su-
pra dixi. At enim etiam sine mora factum
ipsum fidejussoris ipsi nocet : veluti , cum
animal promissum occidit. *L. mora* , *infr.*
Rrote, cum animal promissum occidit ; na-
que enim si aliam rem non promissam fide-
jussor occideret , quispiam diceret eum pro-
pterea ex stipulatione teneri, si res promissa
sine mora vel ejus, vel debitoris interiret. At
in proposito nihil a fidejussore adversus rem
promissam committitur : is enim stipulato-
rem prohibet : quominus autem prohiberet,
nihil de eo stipulatione cautum est. † Brevi- 6
ter sic res habet : et mora et factum fidejus-
soris ipsi nocere dicitur : sed in eo quod jam
ante debebatur ; et hactenus nocet, ut quod
ita ab eo debitum fuit: id quamvis post ejus
moram aut aliud delictum extare desie-
rit , non tamen desinat deberi. Cæterum si-
quid ante a fidejussore ex stipulatione non
debetur, id ut deberi incipiat , nulla ejus
mora, nullum factum potest efficere. Argu-
mento hæc sunt, quod dicitur culpa non fi-
dejussoris tantum, sed etiam principalis de-
bitoris non constituere obligationem , sed
eam, quæ fuerat, perpetuare. *L. si servum*,
§. sequitur, *§. nunc videamus*, *inf. eod.* quod
dicitur mora non augere obligationem fide-
jussoris. *L. centum*, *supr. de eo quod cer.*
loc. Postremo quod dicitur fidejussor mora
sua in obligatione retineri. *d. L. si libertus*
moram. supr. de op. lib. non enim retinetur,
qui ante obligatus non fuit. Porro stipulatio-
ne proposita non obligari fidejussorem, ne
per eum fiat, quominus stipulatori agere li-
ceat, et jam docuimus, et conceptio ipsa sti-
pulationis, ac conditio fidejussoriæ obligatio-
nis satis ostendunt. Ex quo intelligitur nihil
illas definitiones de mora et facto fidejussoris
ad hanc speciem, et in universum ad eas res,
ad quas ex stipulatione non tenetur , quid-
quam pertinere.

Ad §. *In hac stipulatione.*

In hac stipulatione, *neque per te, neque per heredem tuum fieri?* per heredem videtur fieri quamvis absit et ignoret, et ideo non facit quod fieri ex stipulatu oportet. Non videtur autem per pupillum stetisse ex hujusmodi stipulatione, si pupillus heres erit.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*, Neque per te, neque per heredem tuum fieri, quominus mihi ire agere liceat, *an ab herede absente, et stipulationem ignorante committatur, et qua ratione*, n. 3. 5. 7.
2. *Absens stipulatorem prohibere posse quomodo videatur.*
4. *Lectio hujus* §.
6. *Accursianorum sententia explosa.*
8. *Pupillum heredem, si contra quam cautum defuncto sit, fecerit, ex superiori stipulatione non teneri.*

1 Ex hac stipulatione. *Neque per te, neque per heredem tuum fieri*, quominus mihi ire agere liceat, et promissorem et heredem obligari constat, cum quia eorum contra fecerit, idest, stipulatorem prohibuerit. L. 2. §. *item si in facto.* *L.* 3. *L.* 4. §. *Cato, supr. eod.* Quæritur, quis contra facere, quis prohibere intelligatur: utrum is solus, qui præsens et sciens se teneri, prohibet: an et qui abest, et qui ignorat, quod posterius in heredem solum cadit. Et Paulus ita definit, per heredem videri fieri, *quamvis absit, et ignoret.* Non significat heredem teneri hoc ipso, quod abest, vel ignorat: Fieri enim potest: ut sit horum utrumque, et tamen stipulatorem nemo prohibeat: fieri etiam potest, ut prohibeat aliquis, sed extraneus, cui heres, si velit, obsistere non possit: quæ cum fiunt: absurde diceretur heredem facere, aut stipulatorem prohibere videri. Sed hoc intelligit Paulus, cum quid facit heres quoquo modo, quominus stipulatori ire agere liceat contra verba stipulationis, etiam re ipsa secundum mentem et sententiam stipulationis adversus stipulationem ipsam facere videri: ut hoc modo et stipulatio adversus eum committatur, quamvis absit, et ignoret: ut sit sensus, Si quid contra, quam cautum est, fecerit, nihil ei prodesse ad evitandam obligationem, si eo absente, et stipulationem ignorante factum sit: non magis quam si a præsente, et se teneri ignorante consulto factum esset. Coniunctim autem dicit, *quamvis absit et ignoret*: quia utrumque conjunctum facit ad majorem defensionem heredis, eoque ad amplificandam dubitationem, quæ in hanc speciem incidere poterat. Cæterum si absit tantum heres, et absens prohibeat, nihil ad dubitationem pertinet. Parum enim refert ad injuriam stipulatoris, et ne consequatur, quod stipulatus est, utrum præsens quis, an absens eum prohibeat. In his autem stipulationibus spectamus solum, quod stipulatoris interest. *L.* 2. *in fin.* *L.* 5. *in fin. supr. eod.*

† Quia tamen ad augendam, ut dixi dubitationem ad...it Paulus de absente herede: 2 quærendum est, quomodo videatur absens stipulatorem prohibere posse. Quod Accursius parum, ut opinor, liquere existimans, absentem hic interpretatur, eum, non qui absit, quo tempore prohibet: sed qui absit, quo tempore defunctus stipulatur, ut sic stipulationis ignarus fuerit. Non nego ad probandam heredis ignorantiam, de qua subiicit, hoc recte dici. Sic enim ignorat heres stipulationem esse interpositam, seque ea teneri, si abfuit, cum ea contraheretur, neque postea interpositum esse cognovit. Sed verbis hujus loci interpretatio non conveniat: cum hic nullum verbum sit de defuncto, qui stipulatus sit; sed sit omnis definitio de herede, qui contra stipulationem faciat; cui ita facienti cætera deinde verba attribuuntur. Sed nihil fuit, cur metueret admittere per absentem heredem stipulatorem posse prohiberi. Multis modis absens prohiberi potest. Potest per procuratorem; potest per familiam, dum non obsistit, cum potest. Idem est, etsi heres fundum servientem septum et clausum habeat, quo occluso non pateat stipula-

tori ad eum fundum ad tus. Qui intellecto, multo etiam certius jam intelligetur, non esse, cur dubitetur, an heres, qui absens prohibeat, æque ut præsens contra stipulationem videatur facere. Utrum enim per se quis faciat, an per alium, nihil interest. *L.* 1. §. *ait prætor, supr. unde vi.* Multo minus, utrum suo corpore prohibeat, an aliis impedimentis objectis, quæ tantundem præstent, ut muro,
3 septis, janua. ✝ Sed ut per se nihil ad dubitationem faciat, si proponatur quid per heredem absentem fieri: ita si ad ignorantiam heredis, quæ ipsa per se videtur digna esse excusatione, etiam hoc accedat, quod fundus clausus fuit absente herede; quod eo absente procurator ejus, aut familia stipulatorem prohibuit, quos absens heres revocare non poterat; augetur, ut dixi, dubitatio, ut tanto minus videatur existimari debere is heres, in quo hæc sunt, contra stipulationem fecisse. Paulus ergo, ut ostendat, si heres contra quam verbis cautum est, faciat nihil esse, quod ei prosit, quominus teneatur: hoc dicit tantum abesse, ut non teneatur heres, qui ideo prohibuit stipulatorem, quia ignorabat se ulla stipulatione teneri, ne prohiberet; ut quamvis simul et ignoraverit, et abfuerit ita, ut per absentiam nullo modo posset fundum aperire, aut procuratorem, vel familiam inhibere, quominus stipulatori eunti vim faceret; nihilominus tamen existimari debeat vere fecisse, quod stipulatio fieri vetat, idest, ita fecisse, ut stipulatio adversus eum committatur. Sed occurrebat in proposito hæc dubitatio, quod in herede stipulationem ignorante nihil sit, quod ei possit imputari, si stipulatorem prohibuit: multoque minus in herede absente simul et ignorante. Qui convenit igitur eum, qui nihil deliquit, ex stipulatu teneri? Maxime: quia stipulatione id cautum est. Non enim hæc est conditio stipulationis, ut promissoris, heredisve ejus culpa non fiat, quominus stipulatori ire agere liceat; sed simpliciter nec per promissorem, heredemve ejus fiat: adversus quam committitur, ut quisque eorum contra fecerit. Verum est autem contra factum esse, sive sciens, sive ignorans; et sive præsens, sive absens fecerit. Proinde et eum heredem, qui quoquo modo ex his quid fecerit, ex stipulatione teneri necesse est. Nec dubito, quin id sit, quod Paulus sequentibus verbis significare voluit: *et ideo,* inquit, *non*
4 *facit, quod fieri ex stipulatu oportet.* ✝ In quibus verbis videtur deesse, *quia,* et hoc modo legendum esse: *et ideo,* vel. *idque ideo, quia non facit, quod fieri ex stipulatu oportet.* Ridicule enim colligeretur ex præcedentibus, quod cum præcedentibus plane idem esset. Quid autem aliud est heredem non facere, quod ex stipulatu eum oportet, quam per heredem fieri, quominus stipulatori liceat quod ei ex stipulatu præstandum est? Sed quoniam quod dixerat heredem etiam ignorantem et simul absentem teneri, incurrebat in eam reprehensionem, quam supra dixi: ideo apposite subjicitur ratio, et ea quidem, qua optime definitio confirmatur; ut dicatur ideo statui, quia non fecit heres, quod eum ex stipulatu facere oportet. Sed sive recipitur hæc lectio, sive non recipitur: certe non alia ratio est ad id quod Paulus posuit, obtinendum; est vero ad id obtinendum, ut maxime conveniens, ita citra controversiam efficax. ✝ Certum est enim ex 5
stipulatione hereditaria ita obligari heredem, ut defunctus voluit. Quo fit, ut in hoc genere non sit quærendum, quid, quove animo heres fecerit ut teneatur; sed quid defunctus de eo caverit; seu quæ sit conditio hereditariæ stipulationis: ut hac non exsistente non teneatur heres: eadem exsistente incipiat omni modo teneri, non tantum si quid culpa fecerit; sed etsi quid omnino non fecerit. Argumento est certissimo hæc ipsa stipulatio, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat.* In qua si unus ex heredibus stipulatorem prohibuerit, omnes eo facto teneri constat, etiam qui ipsi nihil fecerint: tantum ideo, quia defunctus ita cavarit, et stipulationis hereditariæ conditio extiterit. *L.* 2. §. *item si, supr. L. inter,* §. *quod ex facto. supr. fa. erc.* Et quid mirum est heredem hic dici ex stipulatione hereditaria ob factum suum teneri etiam ignorantem, et nihil culpa facientem; quem constat ex facto coheredum sine ulla culpa sua etiam invitum obligari?
Ex quibus intelligi potest verum non esse, 6
quod hic cum Accursio quidam putant, eum heredem, qui in proposito quid contra fecerit, cum stipulationis esset ignarus, ipso quidem jure teneri ex stipulatione hereditaria, sed in integrum restitui posse. ex illa parte edicti. qua Prætor, *et si qua alia justa caussa esse videbitur,* se in integrum restituturum pollicetur *L.* 1. *in fi. supr. ex quib. caus. mai.* Nam si non restituitur in integrum heres, qui ex facto coheredum sine ulla sua culpa obligari cœpit ex stipulatione hereditaria: quanto minus restituetur is, qui ob suum ipsius factum ex eadem stipulatione convenietur? Tum autem ex justa caussa pollicetur Prætor se in integrum restiturum, at non modo nulla caussa est, cur adversus stipulationem hereditariam re-

stituatur heres, ubi constet eum ex conditione stipulationis esse obligatum; sed etiam adversus omnem juris et æquitatis rationem sit id concedi.
7 † Sed moventur plerique adversus sententiam Pauli eo, quod regula juris traditur, eos qui in alterius locum succedunt, justam habere caussam ignorantiæ, an id quod peteretur, deberetur. *L. qui in alterius. infra, de regulis jur.* quasi id quidquam ad rem pertineat. Id enim dictum tunc locum habet, cum quæritur, an aliqua culpa sit heredis, quod ignorarit, quid defunctus deberet, et an propterea sit ei aliquid imputandum. Significaturque eo dicto nihil esse: quia heres justam ignorantiæ caussam in eo habeat. Id vero nihil ad hunc locum: in quo non de eo agitur, an culpa aliqua sit heredis, quod stipulationem hereditariam ignorarit, fatemur enim nullam esse. Hoc amplius etiam eum non tantum justam caussam ignorantiæ in eo habuisse, sed etiam justissimam fatemur. Sed hoc quæritur, an hæc illi ignorantia quantum-via justa prodesse debeat, ne videatur per eum factum esse, neve ex stipulatione ob eam causam teneatur, ad quod superior definitio non progreditur. Id autem hoc loco Paulus fieri debere negat: et recte negat, cum, ut dixi, id efficiat conceptio stipulationis, ut si per heredem quid contra factum erit, teneatur. Id cum voluerit defunctus, necesse est, aut non potuerit efficere promittendo, aut si potuit, conditione stipulationis existante heres obligetur: potuisse autem defunctum supra ostendi et jus certum est: ex quo quid consequens sit, apparet.
† Excipit Paulus pupillum heredem, 8
per quem ait non videri stare ex hujusmodi stipulatione: quo significat eum non tantum in alia causa esse, quam cæteros heredes; sed etiam plane contraria. Hunc enim si contra quam cautum sit, feceris, non modo ex hujusmodi stipulatione non teneri, si absit et ignoret; de quo in aliis dubitari poterat; sed ne sic quidem, si præsens et stipulationem hereditariam non ignorans stipulatorem prohibuerit: quod tamen si cæteri facerent, nemo dubitaret stipulationem hereditariam adversus eos committi. In causa est conditio non stipulationis, quam in omnibus heredibus unam esse necesse est; sed pupilli: de quo ita jus est, ut facto suo obligari non possit sine tutoris auctoritate. *L. obligari, supra de auct. tut.* Est hoc quidem nonnullis locis bene traditum, in re quæ a defuncto gesta et contractu sit, perinde teneri heredem etiam pupillum, ac si cum defuncto ipso ageretur. *L. 3. in princip. supra, quib. ex caus. in pos. eat. L. 2. Cod. si ad ven. pig.* sed hoc in re a defuncto gesta, simul et perfecta, et cujus conditio ex pupilli facto non pendeat, dictum est, ut loci ostendent. Quod si ex facto heredis pupilli pendebit conditio, contra erit: semper enim illud tenendum est, ex facto suo pupillum obligari non posse.

Ad §. *Si promissor hominis.*

Si promissor hominis ante diem in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit: non videtur per eum stetisse.

Species ad definitionem moræ pertinens: de qua dixi ad *L. si ex legati, supr.*

Ad L. *In illa*. 50.

Ulpianus *libro L. ad Edictum*.

In illa stipulatione, *per te non fieri?* non hoc significatur, nihil te facturum quo minus facere possis: sed curaturum ut facere possis. Item in stipulatione emptæ hereditatis, *quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est, eritve, quo minus perveniat:* nemo dubitabit quin teneatur qui id egit, ne quid ad se pervenerit.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio, Per te non fieri, quid contineat.*

1 QUI se non facturum quid spondet, quod stipulatori noceat, vi ipsa etiam se curaturum spondet, ne fiat ab aliis: de quo et dixi antea nonnihil ad *L. stipulatio ista, supr.* et amplius dicendum est, ut in loco ad *L. inter. infr. eod.*

Ad L. *Is qui alienum*. 51.

Idem *libro LI. ad Edictum*.

Is qui alienum servum promisit: perducto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur: sufficit enim si dolo culpave careat.

Sententia eadem, quæ *L. si ex legati. supr.* de periculo rei promissæ, quæ sine culpa promissoris in hominum potestate esse desierit: de quo genere toto illic dictum est.

Ad L. *In conventionalibus*. 52.

Idem *libro VII. Disputationum.*

In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant: enimvero prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente prætoris qui eas proposuit, denique prætoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere.

SUMMARIA.

1. *Quæstio et argumentum hujus legis*, et n. 11.
2. *De prætoriarum stipulationum vi dubitationes: de quibus respondetur* et n. 9.
3. *Prætoriarum stipulationum interpretatio an ex regulis conventionalium stipulationum sumenda.*
4. *Conventionalium et prætoriarum stipulationum differentia, ejusque declaratio.*
5. *Legis verbum quomodo hic accipiatur, et quid generaliter legis appellatione contineatur*: et n. 8.
6. *Forma contractus quid, et quibus rebus constet.*
7. *Verborum Ulp.* Contractui formam contrahentes dant. *sententia.*
10. *In prætoriis stipulationibus, cur, ex mente solius Prætoris res decidatur.*
12. *Prætorias stipulationes a conventionalibus certitudine aut mutabilitate formæ non differre*; et n. 15.
13. *Ulpiani verbo an immutabilitatem prætoriarum stipulationem confirment*, et n. 17.
14. L. 1. in fin. de præt. stip. *verba declarantur.*
16. *Prætorias stipulationes non a Prætore tantum, sed et a contrahentibus mutuo consensu posse mutari*, et n. 18. 20.
19. *Mutari aliquid in stipulatione prætoria proprie quid.*

1 Etsi de conventionalibus stipulationibus initio hic definit Ulpianus; de his tamen ex professo hoc loco non agitur. Multo minus de conventionalium aut prætoriarum forma, qualis sit, certa, an in certa; mutabilis, an immutabilis. Summa quæstio una est de prætoriarum stipulationum interpretatione, cujus ratio non ex forma stipulationis, sed ab auctore, qui eas proponit, ducitur. Per occasionem autem ideo dicit de conventionalibus; quia quod jus in his interpretandis constitutum est, adversari videbatur ei sententiæ, quam de prætoriis statuebat; ac propterea tacitam objectionem statim initio proposita dissimilitudine removet, ut particula adversativa, *enimvero*, facile declarat. Per eandem occasionem et de jure prætorias mutandi dicit, ut quam sint illæ in Prætoris potestate, de quo quærebatur, ostendat: quæ singula qualia sint, ex his quæ dicam,
2 postea intelligetur. † Exsistunt igitur de vi prætoriarum stipulationum hæ dubitationes. Interdum in prætoria stipulatione omittitur, quod ex jure inferi debebat; ut si quis pro dupla simplam tantum stipulatus sit in ædilicia stipulatione, et duplam adjici velit. *L. si dictum, supr. de evict.* ut, si in stipulatione damni infecti sine die quis sit stipulatus, cum diem adjici oporteret, et promissor adjici postulet. juxta *L. qui bona, §. ult. et L. si finita, in pr. supr. de damn. inf.* Interdum adjicitur, quod non oportuit; ut dies brevior in eadem stipulatione damni infecti, qua die finita velit stipulator ex integro caveri. *d. L. si finita, de damn. inf.* ut si dupla promissa sit pro simpla; si satisdato cautum, ubi nuda promissio sufficiebat: quæ omnia cupiat reus detrahi. juxta *L. 1. §. stipulatio, infr. de præt. stip.* Nonnunquam ipsa stipulatio concipitur verbis ambiguis; ut cum stipulamur damni infecti nomine in Calendas, et non adjicimus, quas: aut cum nobis cavemus de loci aut ædium vitio, et verbo ambiguo *locum*, ædes nominamus, deinde ambiguum mutari, ac pro ambiguo certum et definitum substitui volumus. † In his omnibus quæri solet, utrum 3
ex iis regulis, quæ traditæ sunt de conven-

tionalium stipulationum potestate et interpretatione, rem dedici velimus, an alia hic ratio sit prætoriarum stipulationum propria. Nam cur eum omnes stipulationes sint, et pariter conventione constent, non iisdem regulis in utroque genere utamur? Eas autem si sequi vellemus, ita respondendum fuit: ut si quid aperte cautum sit, id servari debeat et stipulatori, cui promissum est; et promissori, cujus caussa adjectum erit. Si quid verbis expressum non sit, id pro omisso intelligatur. *L. quidquid infr. eod.* In iis autem quæ inserta sunt, si aliquid sit ambigui, id servetur, ut in Calendis indefinite appellatis primas accipiamus, *L. eum, qui Calendis, supr.* et generaliter id quod pro stipulatore est, si aliter interpretaotibus futurum sit, ut stipulatio non valeat; sin aliter, ut ambiguitatem contra stipulatorem interpretemur. *L. stipulatio ista, §. in stipulationibus, supr. eod.* Quidni ergo et in stipulatione prætoria de his, quæ supra posuimus, idem servemus? Ulpianus hic statuit non idem esse in hoc genere servandum, sed in universum id accipiendum, quod est de mente Prætoris. Nec obstare exemplum stipulationum conventionalium: nam inter has manifestam esse differentiam, et eam, quæ aperte de interpretatione utrjusque generis longe aliud atque aliud exigat: atque ab hac

4 differentia orditur. † Quippe in *conventionalibus*, inquit, *contractui formam contrahentes dant.* Ex quo effici volt, quod recte Bartolus intellexit, quia stipulatio ab illis nascitur, simul etiam ex eorum mente et sententia interpretandam esse, id est, ex eo, quod inter eos actum est. *d. L. eum qui Calendis, supr. L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur.* Aut si obscurum sit, quid senserint, id accipiendum, quod est æqujus et humanius; quod promissori prosit videlicet. *Enimvero*, inquit, *prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, qui eas proposuit.* Quibus verbis intelligo Ulpianum non hoc tantum dicere quis prætorias stipulationes constituat, quod de conventionalibus prius fecerat; alioqui ad id exprimendam sufficiebat, quod dicit Prætorem eas proposuisse: sed simul complecti hæc duo; et quis stipulationes eas proponat; et præterea quid ex eo ad propositam de prætoriarum stipulationem interpretatione quæstionem consequatur; quod in conventionalibus stipulationibus ideo prætermiserat, quia de iis, ut dixi, principaliter non agebatur. Itaque est hic sensus: conventionales stipulationes constituuntur a contrahentibus. Enimvero prætorias stipulationes Prætor proponit; quo fit, ut et ipsæ legem accipiant de mente Prætoris. † *Legem accipiunt*, sic 5 interpretor: accipiunt normam et regulam, quam in his interpretandis sequamur, de mente Prætoris: id est secundum id, quod Prætor in his proponendis sensit, et voluit. Ac si quis roget cur inde accipiant hæc ratio est, quia Prætor is est, qui eas proposuit. Id an dicat Ulpianus, verbis cogitis melius intelligetur. † Formam contractus 6 prius dixerat: quo verbo significatur, non pars aliqua contractus, ut lex et pactio aliqua contractui adjecta, qua lege et conventione venditionem, locationem, societatem, et similes contractus contrahi volumus: sed totius contractus status et conditio. Quasi dicas figuram et faciem contractus; totum id, quo contractus constat, et ex quo is contractus spectatur. *forma pollicitationi data servanda est, in L. Septicia, in fin. infr. de poll.* id est, omne quod pollicitatione comprehensum est, cujus pars fuit illa conditio, de qua ibi quærebatur. Hinc contractus reformari dicitur, non qui ad pactionem aliquam veterem, sed qui in re etiam ipsa renovatur. *L. jurisgentium, §. adeo supr. de pac.* quo modo et juris forma dicta, quidquid jure constitutum est *d. L. jurisgentium, §. si paciscar, et L. inter. supr. de pac.* Constat ea forma et conditio duabus rebus: eo quod debetur, et debendi modo. Oportet enim in omni contractu esse aliquid, quod debeatur; et promitti id certo modo; puta pure, vel in diem, vel sub conditione, ad diem vel conditionem, et si quæ sunt similes causæ, de quibus in *L. obligationum fere, supr. prox. tit.* Sic *forma* verbum hoc loco accipitur, cum dicuntur *contrahentes formam contractui* dare: utrumque enim constituunt conventione sua, et quid debeatur, quantumve, et quomodo debeatur. Unde recte colligitur in utraque parte ab illorum mente interpretationem stipulationis esse repetendam. Ut autem formam interpretemur legem, et pactionem contractu adjectam, neque stipulationi natura patitur, neque hujus loci sententia ullo modo recipit. Nam in omni stipulatione, de qua hic agitur, quidquid stipulationi inserueris, id non jam pactio, et conventio est, sed pars stipulationis: nec eadem stipulatio ipsa sibi legem dare dici potest; cum aliud esse oporteat, quod legem dat, et aliud, quod legem accipit. † Sententia autem Ulpiani hoc loco 7 hæc est; ut cum dicit contrahentes contractui legem dare, ex eo efficiat, quod tamen intelligendum relinquit lectori, merito et eorum mentem in hac re esse spectandam

At id de tota stipulatione et contractu non recte colligitur, nisi hæc forma, quam ab illis dari dicit, ad omnem stipulationis et contractus partem pertinet. Proinde et de tota figura et conditione contractus *formæ* verbum, quo hic utitur, accipiendum est: ut horum verborum *contractui formam contrahentes dant*, sit hæc sententia: *contracti dant*, ut sit id quod est; neque id aliunde accipit. Post *legem* nominat, cum de prætoriis stipulationibus agitur. *Accipiunt*, inquit, *legem de mente Prætoris*; an verbo *legis* idem intelligens, quod prius in conventionalibus stipulationibus *formam* contractus dixerat; quasi hoc sentiat conventionales stipulationes a contrahentibus formam contractus accipere;
8 prætorias autem hanc ipsam a Prætore? † Mihi verbum *legis* hoc loco sic accipi posse nullo modo videtur. Aut enim volumus hoc verbo intelligi totius stipulationis prætoriæ formam, qua constat, et qua a Prætore proponitur: aut ejus formæ et conditionis partem aliquam. Si totius contractus formam et conditionem; verbi significatio repugnat; lex enim contractus cum dicitur, non conditio quævis contractus significatur, sed pactio et conventio contractui adjecta, ejus contractus temperandi caussa: puta, cum venditio, locatio, societas, et similia negotia contrahuntur, sed hac conventione addita, ut aliquid fiat, sequatur. Sic *lex* dicta; quasi dicas, contractus temperamentum quoddam, ut alias docuimus. Lex traditioni dicta est, idest, res ita tradita, ut aliquid fiat. *L. legem, C. de pact.* res data ea *lege*; idest, eo pacto, et conditione. *L. ea lege, C. de cond. ob caus. dat.* In *lege* emptionis, locationis dictum, scriptum est: valet, in pacto convento emptioni, locationi addito *L. si cum fundum, L. in lege, L. fistulas, in pr. sup. de contr. empt.* Pro quo alibi dicitur aliquid perscriptum esse in pacto convento societatis. *L. duo, supr. pro soc.* At in hac lege et conventione non consistit forma et conditio contractus. Nam et sine hac conventione contractus esse potest; neque eo minus contractus suam formam habebit, quam vere liceat dicere a contrahentibus ei datam. Et quamvis forte ejusmodi aliqua lex contractui dicta fuerit: tamen multo pluribus aliis rebus constat contractus forma, quam ut hæc conventio totius contractus formam continere intelligatur. Volumusne ergo legem hic intelligi, ut est usus verbi, ut pactum et conventio significetur stipulationi addita, quo pacto et conventione quid promittatur? Hoc vero multo minus convenit. Primum quia nulla ejusmodi pactio intelligi potest etiam in conventionalibus, quæ legem det stipulationi; sed omnium minime in prætoriis. Deinde quia legem hoc loco sic accipi ita abhorret a sententia et verbis Ulpiani, ut nihil sit magis contrarium. Nullam ejusmodi conventionem esse posse in stipulationibus, quæ legem stipulationi det, jam ante ostendi: quia si quid eo pacto nominatim promittatur, deducetur pactum in stipulationem, ut jam pactum esse desinat, fiatque pars ejusdem stipulationis. Proinde nec stipulationi legem dare potest: cum una sit stipulatio, nisi forte eadem stipulatio ipsa sibi legem dare potest, et a se accipere. Atque id cum ita fieri intelligitur in conventionalibus stipulationibus; tum maxime intelligitur in prætoriis, de quibus agitur. Prætoriæ enim stipulationes ex certa et præsenti caussa comparatæ simplices sunt, nec certa lege aut conditione ut aliquid vicissim fiat, tanquam a nutante Prætore interponuntur. Ita si in his nulla talis lex est, qualem dicimus, hanc sine dubio a Prætore accipere non possunt. Demus tamen ejusmodi legem cadere in stipulationes non solum conventionales, sed etiam prætorias: attamen de hoc genere verbum *legis* hic accipi evidenter sententiæ Ulpiani repugnant; qui non hoc sentit, prætorias stipulationes in una aliqua parte, puta in hujusmodi conventione stipulationi addita, legem a Prætore acciperet sed contra in omnibus partibus. Alioqui non efficietur Prætoris mentem in omnibus partibus stipulationum prætoriarum esse æstimandam: quod tamen ille intelligi voluit: certe veterum sententiam fuisse constat ex *L. in prætoriis, infra, de pret. sti.* Postremo sive *legis* verbo placet hic intelligi totius contractus conditionem et formam, sive pactionem illam, quæ temperando contractui adjicitur, de qua modo dixi: ut maxime quis dederit, utrumque verbo significari, et in stipulationes cadere: tamen utraque significatio a verbi Ulpiani pariter aliena est: quinimo utrovis modo visum erit interpretari, definitio ejus falsa reperietur. Observandum est enim sic eum scribere, prætorias stipulationes legem accipere non a Prætore, sed *de mente Prætoris*. Faciamus *legem* hic dici formam: definitio falsa est: sæpe enim interponitur prætoria stipulatio jubente Prætore, ac proinde ab illo formam capit: quæ tamen interponitur, non de mente, sed contra mentem Prætoris: ut quia per errorem additum est aliquid, vel omissum, quod non debuit; et ob hanc caussam etiam ejus rei æstimatio et mutatio postea ipsi Prætori committitur. *L. si finita, supr. de dam. inf.* Vera autem definitio ita futura esset: Prætoriæ stipulationes formam

accipiunt a Prætore, qui eas proposuit. Neutrum igitur hic ullo modo interpretari debemus. Restat, ut *legem* hic accipiamus, non legem, qua stipulationes constent; sed legem interpretationis: id est, ut dixi, normam et regulam, quam in his interpretandis sequamur; quam ideo accipere dicantur *de mente*, vel ut, in aliis exemplaribus legitur, *ex mente Prætoris*; quia ex hujus mente ea lex et regula interpretationis ducitur. Non fui contentus dicere, quam in his sequamur; sed adjeci, in his interpretandis: quia verbum *mentis* id satis exprimit: ibi enim mens scribentis, aut dicentis cujusque quærenda est, ubi de significatione et interpretatione cujusque scripti ambigitur. Ergo hanc legem interpretationis accipiunt prætoriæ stipulationes de mente seu ex mente, et quod idem est secundum mentem Prætoris; quia ipsa mens et voluntas Prætoris illis lex est. Recta lex: utpote secundum quam eas interpretemur; secundum quam aut mutentur illæ, aut in his addatur quid, aut detrahatur; quam denique in his probandis, aut improbandis pro lege observemus: nam hæc omnia ex mente Prætoris in his stipulationibus fieri constat *L.* 1. in *fin. infra, de præt. stipu. L. si finita. in pr. supra, de dam. inf.* Generaliter autem in re quaque *legem* appellamus, quidquid ita constitutum est, ut ad ejus normam omnia in ea re expendi et exigi oporteat; quoniam hoc veræ legis officium est, quæ est regula faciendorum et non faciendorum. *L.* 1. et 2. *supra, de legi. et S. C.* Unde et in testamentis voluntas testatoris lex dicitur Justiniano in §. *disponat. Novel. de. nup.* non ea tantum, quod quæ testator aperte cavit, pro jure observantur: *L. verbis legis, infra, de verbor. significationib.* sed etiam quia ad hanc omnia diriguntur, ex hujus præscripto omnia reguntur et temperantur in testamentis: sine hac nihil in testamento scriptum valet: eadem ut scriptum atque etiam intellectum valeat facit. *L. si mihi*, 12. *in fin. supra, de leg.* 1. *L. quoties. supra, de her. instit.* Inde dicitur in testamentis totum facere. *L. ex facto.* §. *rerum, supra, de her. instit.* in his primum locum obtinere. Denique quod maxime proprium est legis, dicitur regere legata et conditiones. *L.* in *conditionibus, L. pater, in prin. et* §. *conditionum, supra, de cond. et dem.* Secundum quæ si quis dixerit legata et conditiones legem accipere ex mente et voluntate testatoris, non modo is non erraverit; sed etiam bonis et significantibus verbis id exprimat, quod modo de hac voluntate diximus; dicaturque id plane eodem sensu, quo nunc dicuntur stipulationes prætoriæ legem accipere de mente, vel ex mente Prætoris; ubi nimirum mens Prætoris dominetur tanquam lex quædam; ubi regat et temperet stipulationes. Quin ergo *legem accipere* id significet quod dixi, dubitari nullo modo potest. Quin autem hæc ipsa sit sententia hujus loci, quam dixi, multo minus debet dubitari: hæc enim illa sententia est, quam de interpretatione harum stipulationum expressit Venulejus in *L. in prætoriis, infra: de* prætoriis stipulationibus. *In prætoriis stipulationibus, inquit, si ambiguus sermo acciderit, Prætoris erit interpretatio: ejus enim mens æstimanda est.* Quid est, ejus mentem æstimandam esse, nisi ex ejus mente petendam esse legem et regulam, quam quæcunque quæstio de earum stipulationum interpretatione inciderit, adhibeamus et sequamur? Cum hæc interpretatio ex significatione verborum est, eamque sententiam exprimit non solum quæ sola vitio caret, sed etiam quam veterum esse constat de interpretatione prætoriarum stipulationum; tum vero hoc etiam in ea commodi est ad docendum, quod non tantum ostendit, a quibus proficiscantur stipulationes prætoriæ, ut in conventionalibus demonstratum erat: sed etiam nominatim et dilucide complectitur id, de quo institutum erat Ulpiano dicere: certe id de quo solo nodis cognoscendum fuit (nam illud alterum quis ignorat stipulationes prætorias a Prætore proficisci?) Id autem est stipulationes prætorias interpretandas esse de mente Prætoris; ab hac tanquam ex regula judicandas esse; non autem ad regulam conventionalium stipulationum esse revocandas. Quod nemo negabit melius esse et commodius ad intelligendum exprimi, cum de eo quæratur, quam id ad colligendum lectoribus relinqui. ✛ 9

Secundum quam sententiam de his, quæ proposita sunt, ita respondebimus. Si pro dupla simpla tantum promissa est per errorem, non ideo tantum simpla debebitur: sed jubebit Prætor duplam promitti. Si in bis quæ satisdationem exigunt, nuda cautione promissum erit: jubebit satisdari. Idemque fiet a converso, ut si pro simpla quam promitti oportuit, dupla promissa sit, duplam detrahat; et si satis datum sit, ubi cautum tantum oporteat, is detrahat satisdationem, idest, fidejussores liberet, arg. in *L.* 1. *in fin. infr. de præ.* et hæc, si quid cautum sit per errorem; aliter, si ex conventione contrahentium, arg. in *L. si finita, supr. de damn. inf.* Si in stipulatione damni infecti dies omissus erit, per errorem: quia

dies stipulationi debet esse insertus, ipse rebus integris diem idoneum pro rei qualitate statuet; finito autem die, in quem alioqui caveri solet, reum liberabit. *L. qui bona, §. ult. cum L. seq. et L. si finita* 1. *res. in fin. supr. de damn. inf.* E converso si brevior dies adjectus erit, isque finitus sit, ex integro caveri jubebit. *d. L. si finita, in princ.* Omnia ex eo, quia sunt ex mente Prætoris, qui eas stipulationes in eam sententiam proposuit edicto, et ut proposuit, ita desiderante litigatore jubet interponi. Si dies ambigue positus, ut Calendæ; non proximæ pro commodo stipulatoris, aut remotissimæ pro commodo promissoris intelligentur; sed is dies, in quem usitate caveri solet: quia hæc mens fuit Prætoris Calendas nominantis, ut dies, qui satis esset ad cautionem petitoris, insereretur. *d. L. qui bona,*
10 *§. ult. et L. si finita, de damn. inf.* ✝ Cur ergo in his ex mente Prætoris res judicanda est? quia, inquit Ulpianus, Prætor est, *qui eas proposuit*, quippe semper in omni oratione mens dicentis, ac præsertim si solus auctor sit ejus rei, quæ proponitur, spectanda est. Omnium autem maxime, si sit Magistratus; cujus præcipue hæc mens, et consilium est, ut in eo quod constituit, ubique æquitatem retineat. Et cur in prætoriis stipulationibus, quæ a Prætore proficiscuntur, non spectemus mentem solius Prætoris; cum et in conventionalibus si quis esset ambiguus sermo, ad mentem contrahentium revocaremus; tantum ideo, quia ipsi sunt, qui formam contractui dant, id est, a quibus contractus
11 proficiscitur? ✝ Ex quibus apparet, quod initio posui, nun hic quæri de forma stipulationum vel conventionalium, vel prætoriarum, qualis ea sit: certa, an incerta; mutabilis, an immutabilis: sed indicari auctores utriusque generis, ut ex eo de earum interpretatione statuatur; sed maxime de interpretatione prætoriarum, de quibus præcipue
12 Ulpiano propositum erat dicere. ✝ Et certo si de certitudine stipulationum aut incertitudine; mutabilitate aut immutabilitate agitur: frustra ex his rebus istarum generum differentiam statuere conamur. Incerta forma est conventionalium stipulationum, ut quæ ex arbitrio contrahentium pendeat: et prætoriarum quoque incerta: in quibus id quod præstandum est, ex negotiorum, locorum, temporum conditione variatur: dies, qui inserendus est, varie pro qualitate rei statuitur. *d. L. qui bona, §. ult. et L. seq. de dam. inf.* Quod si de mutabilitate formæ quæritur, tantum abest, ut prætoriæ stipulationes immutabilem formam habeant, ut harum multo sit mutabilior forma, quam conventionalium. Sed quoniam de ea mutatione sequentibus verbis Ulpiani comprehensum est, tempus est, ut quam sententiam habeant, quidque ad rem pertineant, consideremus: quibus expositis licebit de hac re tota statuero. Ait igitur Ulpianus: *Denique prætoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere:* ✝ 13
Quæ quidem verba ad immutabilitatem istam, de qua loquor, statuendam nonnulli arripuerunt: et sane ita scripta esse apparet, ut si quis præfracte ea retineat, evidenter eam immutabilitatem confirment. Sed male fit, cum inspectis unius loci verbis sententia, quæ ex aliis locis et ex re ipsa manifesta esse potest, omittitur, aut etiam ex incertis et obscuris de re aliqua tota statuitur: cum potius, ut sæpe moneo, ea, quæ sunt vel dubia, vel concisa, vel obiter tantum dicta ex locis certis, et explicatis, et præsertim si ex professo de eadem re agant, conveniat interpretari. Mihi autem constat ex aliis locis et jure certo, in stipulationibus prætoriis et mutare aliquid, et his addere, ac detrahere licere, non tantum Prætori, qui eas proposuit, sed etiam contrahentibus Prætorem quidem hæc omnia facere posse; nec tantum posse; sed etiam debere, ubi ab eo postulatur, et æquitas rei ita exigat, idem ipse Ulpianus, qui et hujus loci auctor est, diserte et explicata sententia scribit, et quidem de prætoriis stipulationibus ex professo tractans in *L. 1. in fin. infr. de præt. stip.* ✝ 14
verba hæc sunt: *stipulatio duplæ repromissio est, nisi si convenerit, ut satisdetur. Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per columniam desiderari, ut stipulatio interponatur: ipse Prætor debet super eæ re summatim cognoscere, et cautum jubere, aut denegare. Sed etsi quid vel addi, vel detrahi, vel immutari in stipulatione oporteat, prætoriæ erit jurisdictionis.* Quod dicit fore prætoriæ *jurisdictionis*, significat de hac additione, detractione, immutatione non alium quidem cogniturum et jus dicturum, quam Prætorem: verumtamen ipsum cogniturum et existimaturum, et prout jus erit, ita ant concessurum, quod de his petitur, aut denegaturum: ut de cognitione et jussu ejus prius dixerat. Cujus sententiæ suppeditat ipse idem luculentum exemplum in stipulatione damni infecti *L. qui bona, §. ult. et L. si finita, supr. de dam. inf.* Nam et cum dies in ea stipulatione adjectus non est, jubet adjici, aut finito eo, qui adjici solet, quasi stipulationem mutans reum stipulatione liberat; aut si adjectus sit brevior, ea

finito de integro, caveri, id est, diem longiorem adjici jubet. Nec dubium est, quin quod in una atque altera re hic ab illo dictum est, eodem exemplo ad alia omnia, quæ per errorem adjecta sunt, detrahenda, et quæ per errorem omissa sunt, adjicienda, et quæ ambigue scripta sunt, mutanda transferri debeat. Sed ut dixi, regulam Ulpianus tradidit in *d. L. 1. in fi. de præ. stip.* qua posita alia exempla ad ejus confirmationem non desiderabimus.

15 † Ergo saltem a Prætore immutari prætoria stipulatio, ei addi, vel detrahi ipso etiam auctore Ulpiano potest. At ubi, et inter quos? Nempe cum est de his rebus controversia; et inter eos, quorum unus mutari, addi, aut detrahi quid postulat, alter quominus fiat, adversatur. *d. L. 1. in fi. de præ. stip. d. L. si finita, de dam. inf.* Vel hinc licet intelligere facilius prætorias stipulationes mutari posse, quam conventionales. Nam isto modo etiam invito adversario Prætoriæ stipulationes mutari possunt a Prætore; nec vero in his nisi in invitum Prætoris est jurisdictio. At conventionale stipulationes semel consensu constitutæ dorant, nec ab his uni ex contrahentibus invito altero licet recedere: nec aliud jus in hac re sequi Magistratui aut Judici conceditur. *L. sicut. C. de obl. et act.* Hactenus igitur non jam dico forma prætoriarum stipulationum mutabilior, quam conventionalium: sed potius illæ solæ mutabiles; hæ contra immutabiles

16 † Neque vero a Prætore tantum mutari prætoriæ stipulationes possunt, his addi aliquid aut detrahi: sed etiam a contrahentibus mutuo consensu, non secus, quam possunt conventionales. Ac rebus adhuc integris cum litigatores de ea re inter se agunt, quæ stipulationem prætoriam admittit, ita possunt illi inter se stipulationem componere, ut ei formæ, quam Prætor edicto præstituit, possint vel adjicere aliquid, vel detrahere: et stipulatio rata est. Nam a quo nuda tantum cautio exigitur: ut in duplæ stipulatione, is ex conventione satisdabit. *L. 1. §. stipulatio, infr. de præt. stip. L. si dictum, supr. de edict.* Multoque citius diximus, si is a quo exigebatur satisdatio, ex conventione tantum caverit, servandum esse conventionem. In stipulatione damni infecti dies debet esse insertus, intra quem si quid damni contigerit, cautio locum habet. *L. qui bona, §. ult. de damn. inf.* Verumtamen si sine diei adjectione stipulatio fuerit interposita ex conventione, scriptum est in *L. si finita, eod.* quandoque stipulatio fuerit commissa, ex stipulatu agi *quandoque* pro quandocunque more veteribus usitatu. In quibus omnibus formam stipulationis prætoriæ edicto constitutam conventione contrahentium ab initio mutari, et quidem utiliter mutari apparet. Sed quoniam dici potest hanc stipulationem esse jam a principio conventionalem, non prætoriam, eoque nullam prætoriam mutari, quia nulla præcesserit. Age de prætoria, quæ jam constituta sit arbitratu et jussu Prætoris, dicamus. Hæc vero non minus quam conventionales omnes, consensu contrahentium mutari potest. Nam si conventio servanda est cum ab initio convenit, ne dies interponatur cur non servetur et tum, cum die stipulationi prætoriæ adjecto, iterum sine die cautum est ex conventione? An qui ab initio juri pro se introducto renunciare potuit, is postquam stipulationem prætoriam partam habebit, non poterit? Sunt, qui negent posse; hac ratione, videlicet, quia nec ex prætorio, nec ex solemni jure privatorum conventione quidquam immutari liceat: idque regula juris efficitur. *L. nec ex prætorio, infr. de reg. jur.* At quam hoc, Deus bone, parum apposite! ibi enim immutatur quid ex prætorio et solemni, id est publico jure, cum jus jubet fieri aliquid; aut fieri vetant: et quod jubet, non fit, aut fit, quod vetat. Horum ideo nihil conventione ratum est, quia est conventio contra jus. *L. contra, supr. de legi.* Juri publico privatorum pactis derogari non potest. *L. jus publicum, supr. de pact. L. quod bonis, §. 1. supr. ad leg. Falc.* Idque edicto de pactis nominatim comprehensum est. *L. 7. §. ait prætor, sup. de pact.* At cum tribuitur, quid alicui jure prætorio, aut aliis partibus juris: ut in hoc genere prætoriarum stipulationum cum tribuitur alicui, ut possit satisdationem exigere ab adversario; cum tribuitur reo, ut nuda cautione possit defungi, cum tribuitur, ne in infinitum sine die teneatur, et quæ sunt similia: nihil his jubet, aut vetat, sed tantum permittit. Ideo nihil fit contra edictum, nihil hic derogatur juri publico, si is cui illa tribuebantur, adversus ea paciscatur. Denique non hic jus publicum erat, sed privatum, privati illius cui tribuitur, caussa constitutum, Licet unicuique de re privata pacisci: licet his quæ pro se introducta sunt renunciare: licet denique juris sui persecutionem paciscendo deteriorem constituere. *L. 7. §. si paciscar, L. pactum, supr. de pact. L. ult. C. eod.* Et cur in his prætoris stipulationibus id ita fieri posse dubitemus, cum tot locis nominatim scriptum sit in his etiam quæ ex imperio et jussu Prætoris veniunt, licere unicuique de re privata et familiari

pacisci, neque in eo videri quidquam fieri adversus edictum, aut imperium Prætoris? ut *d. L. 7. §. si paciscar, L. pacisci, supr. de pac. L. 1. §. potest. supr. de op. no. nun.* Quod si forma prætoriarum stipulationum edicto Prætorum constituta ex jure prætorio est et solemni, cui derogari non possit; an magis pactis privatorum ab initio mutari potest, quam postea? in totum enim juri publico privatorum cautione derogari non potest, ut supra dixi. At ab initio hanc formam privata pactione mutari posse constat, ut docui. Nihil igitur in hac conventione adversus jus publicum neque ab initio, neque postea: proinde utroque tempore rata conventio. In quo jam eadem potestas stipulationis mutandæ perspicitur, quæ in conventionalibus stipulationibus: semper tamen major, cum de Prætoris mutatione agitur: cum prætoriam stipulationem reformare, Prætor possit, etiam uno invito et litigatoribus: quo modo conventionalem non licet. Sed opponitur his omnibus *huic locus.* Verum an dubitamus eum ex his, quæ ostendi, quæ usque adeo certa sunt, esse interpretandum? et non dubitant ingenui interpretes: sed quam commode id fieri possit in verbis tam aperte scriptis, multi quærunt, neque
17 ut mihi videatur, satis assequuntur. † Ego sic non incommode dici posse existimo, quod Ulpianus ait in prætoris stipulationibus nihil immutare licere, sic accipiendum esse, ut non liceat, non infinite, sed ulli alii quam Prætori: idque suppleatur non ex aliis locis, quod esset alienus, sed ex his quæ proxime præcesserunt: quam Ulpiani sententiam esse ex his apparet. Prius enim dixerat prætorias stipulationes legem accipere de mente, id est, ex mente, vel secundum mentem Prætoris: ubi Prætoris ἐμφατικῶς dictum est: pro solius Prætoris, ut qui solus eas proposuerit: id nunc confirmat in his verbis: (in quo quid ad præcedentium confirmationem faciant licet videre) idque hoc modo: Non mirum, si hæ stipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, et Prætoris solius, non aliunde. Non mirum, si ex mente ejus sunt æstimandæ: sunt enim in ejus potestate. Argumentum est, quod in his nihil immutare licet, intellige, alii, quam huic ipsi Prætori, de quo dicamus. Aliter si interpretamur, Ulpianus secum ipse pugnabit: nam quomodo et ex mente Prætoris hæ stipulationes interpretandæ sunt, si ex mente ejus ab initio mutari non possunt, ubi contra ejus mentem aliquid omissum aut adjectum reperietur? Cum autem ad hanc conjecturam alio-

rum locorum auctoritas accedat, ex quibus constet Ulpianum in hac fuisse sententia, quam nunc dicimus, quin ille et hoc loco idem sentiat, minus dubitare debemus. Prætori ergo, ut dixi, licet immutare: alii non licet. † Sed ex hac re incidimus in alteram 18
reprehensionem. Non enim solum Prætori id licere statuimus, verum etiam aliis, nempe contrahentibus. Et fatebimur hoc ita esse: sed verba hujus loci obstare negabimus. Observabimus enim Ulpianum non dicere, non licere remittere stipulationes Prætorias; ab his non licere conventione discedere; sed in prætoriis stipulationibus non licere quid immutare, addere, detrahere. Aliud est mutare aliquid in stipulatione prætoria, in ea addere, aut detrahere aliquid: aliud mutare stipulationem, et ab ea in totum recedere. † 19
Proprie mutari dicitur aliquid in prætoria stipulatione, cum ipsa stipulatione eadem manente, aut ejusdem modi, id est manente prætoria, aliquid in ea immutatur. Alioqui non in prætoria dicatur mutari, sed extra prætoriam. Hoc autem Prætor facere intelligitur, cum ipse novam stipulationem de eadem re interponi jubet, quamvis aliqua ex parte immutatam. Sic enim fit, ut nova intelligatur esse, vetus non nihil immutata: scilicet quia nova et ipsa prætoria sit ab ejusdem Prætoris officio proficiscens, et sit de eadem re, et quod præcipue ad rem facit, quia sit a Prætore in locum prioris substituta. Hoc vero non ab alio fieri posse, quam a Prætore concedimus: quod hic locus dictat. † At cum nova stipulatio prætoriæ sub- 20
biecta alia est, et alius generis: quod fit, cum a litigatoribus communi consensu prioris corrigendæ caussa interponitur, ubi nova non prætoria est, sed conventionalis: hic non tam dicatur in prætoria, quæ præcessit, immutari aliquid, quam ipsa stipulatio prætoria immutari; quoniam penitus ab ea receditur, manetque sola conventionalis. Porro mutare stipulationem prætoriam consensu, id est, consensu et novando animo sic ab ea discedere, ut nulla sit amplius prætoria, hic locus non vetat. Nimis anguste, nimisque subtiliter proprietatem verborum hic rimamur, dixerit aliquis. Sed quid mirum, si adversus eos qui verbis tantum certent, et nos proprietate verborum pro vere sententia pugnemus? Nobis satis est, si efficimus quoquo modo, ut intelligatur, verba hujus loci urgentibus ne verba quidem ipsa adversus superiorem sententiam, quam ex aliis locis verissimam esse constet, prodesse posse.

Ad §. *Si quis vacuam.*

Si quis *vacuam possessionem tradi* promiserit: non nudum factum hæc stipulatio continebit, sed caussam bonorum.

SUMMARIA.

1. *Factum nudum quid.*
2. Caussam bonorum *l. C. quid vocet, et quæ hujus loci sententia.* et n. 10.
3. *Vacuam possessionem tradendo an proprietatem transferri oporteat. an vero satis sit præstare, ut stipulatori rem sine interpellatione obtinere liceat*, et n. 8.
4. *Stipulatio hæc:* vacuam possessionem, tradi, *cum illa*, rem tradi, *collata.*
5. L. 3. §. 1. supr. de act. empt. *lectio, ejusque declaratio.* et n. 7.
6. *Stipulatio hæc:* fundum dari, *non continet*, vacuam possessionem tradi.
9. *Stipulatio* vacuam possessionem tradi, *an fructus contineat.*
11. L. 4. supr. de usur. *explicatur, et opinio quorundam propter vacui appellationem ex stipulatione Papiniano ibidem proposita fructus præstari contendentium refellitur.*

Hæc stipulatio, *vacuam possessionem tradi, non nudum factum continet*, inquit Ulpianus, *sed caussam bonorum*. Verba paulo obscuriora; ea ad sententiam eruendam nobis
1 paucis aperienda sunt. † Et factum apparet vocare eum traditionem; de hac namque comprehensum est stipulatione; nudam vocat, solam: quomodo nudus consensus dicitur in *L. qui ad certum. supr. loco.* nuda conventio. *L. 1. supr. de pig. act.* nuda scientia in *L. 1. §. licet. vers. in re. supr. de exer. act.* Est autem nuda et sola traditio, quæ præter traditionem corporis nihil habet; quæ nihil juris transfert in accipientem ad possessionem traditam retinendam. Hanc ergo negat hoc stipulatione contineri: id est, negat promissorem ita liberari, si possessionem rei tradat, neque præterea quidquam in jure habendæ rei in stipulatorem transferat. Sed est amplius, quod illi ex hac stipulatione debet præstari, id quod hæc stipulatio conti-
2 net: ipse vocat caussam bonorum. † Caussa, cum de re aliqua præstanda agitur, accipi potest varie: sed videndum est, quod huic loco conveniat. Caussam bonorum etiam nominat Ulpianus in *L. 1. §. hæc actio infr. si is qui test. lib.* esse jus. erit. *Plenius* enim, inquit, *caussam bonorum hic accipimus pro utilitate, hic*, idest, in hoc edicto, eo scilicet, quod interpretabatur; in eo autem edicto bona appellata erant a Prætore, non caussa bonorum, ut constat ex ead. *L. 1. in pr.* ita caussam bonorum illic vocat Ulpianus aut bona ipsa, aut appellationem et verbum bonorum; ut sit caussa, in qua de bonis seu de appellatione bonorum agitur. Hoc modo caussam bonorum hic accipere non possumus, hæc enim stipulatio, vacuam possessionem tradi, etsi eam traditionem forte requirat, quæ afferat bona: ipsum tamen factum, atque hanc traditionem proprie continet non bona. Neque enim eadem sunt, res et facta: sed hæc in stipulationibus toto genere distinguuntur in §. *ult. Inst. eod.* Et etiam, cum caussa præstanda esse dicitur, caussa, inquam, absolute, non caussa bonorum. Ubi caussam interpretantur veteres, omne quod habiturus esset petitor, si tempore litis contestatæ res restituta esset. *L. præterea, supr. de rei vind. L. cum fundus, supr. si cer. pet.* Sed hoc sensu caussam bonorum hic accipi, neque ratio verborum, neque natura stipulationis patitur. Illic enim caussa nominatur, ut sit id quod post litem contestatam versatur in caussa, et lite de qua agitur: hic de eo agitur non quid lis, sed quid stipulatio contineat. Illic jubetur præstari id, quod petitor habiturus esset ex tempore solum litis contestatæ, si res eo tempore restituta esset: hic quæritur, quid contineat stipulatio in sese et ante litem contestatam, et statim, ut peti possit: non quid contineat petitio post litem contestatam, ut in id sententia Judicis condemnari possit. Quid ergo est? et quid in usu communi vocemus causam alicujus rei, notum est: sic enim appellamus caussam efficientem illius

rei, seu id quod facit, ut illa res sit. Istu vero modo causam bonorum hoc loco accipere debemus. In quo parum sit verbi usum et proprietatem sequi, nisi hoc non magis rei natura, quam præcedentium verborum ratio a nobis exigat. Cum enim Ulpianus facto nudo opponat caussam bonorum non constabit antithesis, nisi causæ bonorum verbo intelligimus factum et traditionem non nudam: quæ autem sit, si quæratur, explicat, et id factum, eamque traditionem intelligere se dicit, quæ sit causa bonorum, id est, quæ sit causa efficiens bonorum; quibus verbis eam traditionem exigit, quæ efficiat, ut res tradita esse incipiat in bonis stipulatoris. Est ergo hujus loci hæc sententia; hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, non contineri, ut promissor rem solum tradat, ut eum semel tradiderit, liberetur, nec teneatur postea, quamvis res ei evicta fuerit: sed ut ita tradat, ut res tradita sit in stipulatoris bonis, quo ei rem habere, eaque frui liceat; ut est jus cæterarum rerum, quas præter pignus in bonis habemus: id vacuæ traditionis appellatione contineri constat ex *L.* 2. §. *ult. et L.* 3. *in pr. supr. de act. em.* Hactenus, quid sit continere causam bonorum? Sed hoc ipsum etiam nunc dubium, quid contineat hæc definitio: id est, quid eum præstare oporteat, a quo exigitur, ut efficiat, ut res sit in bonis accipientis. In quo duo quæruntur. Unum, quod pertinet ad jus habendæ rei ejus, de cujus possessione tradenda agitur. Alterum, quod pertinet ad jus fructuum
3 inde quærendorum. † In jure rei habendæ quæritur, utrum ita efficiendum sit ex hac stipulatione, ut res sit in stipulantis bonis, ut propterea in eum proprietatem transferre oporteat; an vero satis sit stipulatori præstare, ut ei rem sine interpellatione obtinere liceat, ut solet præstari bonæ fidei possessoribus, quibus adversus omnes præter dominum rei consistere licet Publiciana actione. *L. ult. supr. de public. in rem act.* quibus duobus modis aliquid haberi dicitur. *L. habere, infr. de ver. sig.* Et dicendum est hoc posterius sufficere, neque id ob aliam causam, quam quod nihil amplius exigatur ex hac stipulatione, quam ut res tradita esse incipiat in stipulantis bonis. Ut enim si de eo non agitur, ut res sit pignori, aut vectigalis, aliter ea res in bonis cujusquam esse non potest, quam si aut is rei dominus fiat, aut transferatur in eum habendi et usucapiendi conditio, id est, ex justa causa pro suo et bona fide possideat: ita utrum bonorum contingat, nihil interest, ut res in bonis accipientis esse intelligatur. *L. bonorum, infra de verbor. signific.* Sic enim rem in bonis nostris habere intelligimur, cum aut possidentes exceptionem, aut amittentes ad eam recuperandam actionem habemus, ut est Modestini definitio in *L. rem in bonis, supra, de acq. rer. do.* At re bona fide possessa proposita est edicto Prætoris possessori in rem actio quæ Publiciana appellatur, qua rem cujus possessionne excidit, vindicet ab omnibus possessoribus, et auferat non secus, quam si esset dominus, §. *namque. Instit. de act. L. quæcunque, supra, de publ.* Nam vero domino in rem actionem Jure Civili esse constitutam constat, §. 1. et §. *sed istæ.* et *d.* §. *namque. Instit. de action. L. in rem. supra. de rei vind.* Quod si ita est; satisfecit haud dubie stipulationi is, qui cum hoc præstare deberet stipulatori, ut res inciperet esse in ejus bonis, rem ei ex justa hac causa tanquam suam tradidit, effecitque hoc modo, ut eam ille pro sua, idest, sine interpellatione obtineret; sic enim consecutus est stipulator, ut rem haberet in bonis, etsi non in dominio: in bonis autem ut res esset, exigebatur, non in dominio. Quibus consequens est, ut quamdiu stipulatori res ex hac stipulatione tradita evicta non erit; tamdiu cum promissore ex stipulatu agi non possit ob rem alienam traditam; etsi maxime moveretur stipulatori de proprietate ejus rei controversia, aut ultro ipse paratus esset probare rem esse alienam: sic enim licet stipulatori rem habere, si ei non evincitur, *L. habere, supra, de evict.* Neque porro ex hac stipulatione amplius ei præstandum est, quam ut ei habere liceat. Nam et ex caussa emptionis vacua possessio emptori tradi debet: *L.* 2. *Cod. de acq. pos. L.* 2. §. *ult. supra. de act. empt.* Neque tamen venditorem amplius ei quicquam præstare oportet, quam ut illi rem habere liceat. Denique non nisi re evicta ob evictionem tenetur. *L. exemplo, L. servus, quem*, §. *ult. supra. de act. empt. dict. L. habere, de evict.* Ex quo apparet errare eos, quia hic dicitur stipulationem propositam continere caussam bonorum, ideo stipulationem sic accipiunt, quasi ex ea proprietatem dari oporteat. Sed dupliciter mihi errare videntur, qui huic loco opponentes *L. si rem tradi*, *supr. eod.* in qua negat Paulus hac stipulatione *rem tradi*, hoc contineri, ut proprietas detur: hoc offerunt ad objectionis solutionem, ut agnoscat quidem in hac altera, vacuam possessionem tradi, diversum hic statui ab Ulpiano; sed eo fieri dicant, quia dissimiles hæc sint stipulationes, multoque plus contineat vacui appellatio, quam simplicis traditionis: quo-

4 rum utrumque falsum est. † Nam etsi concederemus has stipulationes cæteris in rebus esse dissimiles, et hanc posteriorem *vacuam possessionem tradi*, esse uberiorem; tamen hoc tenendum est, in proprietate transferenda, de qua quæritur, non differre. Effectum est enim etiam ex hac posteriore hactenus teneri promissorem, ut rem stipulatori habere liceat, non autem ut ejus faciat, similiter ut in emptione fieri scriptum est in *d. L. servus*, §. *ult. supr. de act. empt.* Quo declaratur non fuisse necesse in hujusmodi aliqua ratione differentiæ investiganda laborare in ea re, in qua inter istas stipulationes optime conveniret. Nunc autem intelligatur eam frustra quærit, quæ nulla est, non tantum in hoc effectu stipulationis, sed etiam in cæteris; ajo has stipulationes duas, Rem tradi, et Vacuam possessionem tradi, verborum conceptione nonnihil dissimiles: vi et potestate esse easdem, planeque idem continere, sive genus facti spectes, quod promittitur; sive definitionem Ulpiani hoc loco traditam de posteriore. Ergo posterioris hæc conceptio est, non ut res tradatur solum, sed ut tradatur vacua possessio. Atqui his verbis. Rem tradi, hoc idem continetur, nec videtur tradidisse, qui vacuam possessionem non tradidit. Hujus sententiæ certissimum argumentum est in emptione et venditione; in qua cum venditor hactenus obligetur emptori, ut rem tradat, neque amplius, cum de possessione rei agitur: *L. ex empto, in prin. et* §. *venditorem, supr. de act. em.* tamen in hoc etiam eum teneri constat, ut vacuam possessionem tradat. Hoc quidem convenit teneri eum, ut emptori habere liceat. *L. ex empto*, §. *venditorem*, *L. servus*, §. *ult. supr. de act. empt.* Et cui alii habere licet, nisi ei, qui possessionem ab omnibus justis interpellatoribus vacuam obtinet? nam cui quid minuitur ex jure rei distractæ, ei habere non licet. *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte, supr. eod.* Vacuam igitur hanc traditionem esse oportet in emptione. Atque hinc quæstio, quando vacua possessio emptori tradita intelligatur: emptori, inquam, non stipulatori, in *d. L.* 2. §. *ult. de act. em.* supervacua, nisi in emptione traditionem talem esse oportuit. Hinc cautio in servitute empta constituenda, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat; tantum ideo a veteribus introducta, quod nulla ejusmodi juris vacua traditio esset, ut est in *L. ult. supr. de ser. L.* 3. §. *si iter, supr. de act. em.* Id autem valet, quia in hujusmodi jure nulla esset talis traditio, qualem in rebus emptis ex empto esse oporteret: ea est autem vacua traditio. Et quid opus est verbis? in *L.* 2. *C. de acq. poss.* in vacuam possessionem inductum esse emptorem, et traditam esse ei possessionem, pro eodem usurpantur. Quinimo ex eo, quod emptor sciente venditore in possessione rei fuit, illic colligitur satis emptorem in vacuam possessionem inductum videri. Hoc amplius, cum eo rescripto respondeatur emptori non esse, quod quæratur, quasi in vacuam possessionem inductus non sit, et cur etiam nunc se induci postulet; cum possessio sit ei tradita, aut certe sciente venditore sit in possessione: satis evidenter declaratur, nisi quid horum duorum posteriorum fuisset, juste illum desideraturum fuisse ex causa empti, ut in vacuam possessionem induceretur: cui tamen judicio empti solum rem tradi debere diximus. Continetur igitur vi ipsa in utraque conceptione genus facti idem; postquam utrobique vacuæ possessionis traditio continetur. Quid autem de hac stipulatione, vacuam possessionem tradi definit hoc loco Ulpianus? hanc nimirum continere causam bonorum, idest, ut docuimus, hoc continere, ut sic promissor rem tradat, ut stipulatori eam habere liceat, non autem ut ejus faciat. At his verbis. Rem tradi, plane hoc ipsum continetur. Argumento est eadem emptio et venditio, in qua cum, ut dixi, venditor in id obligetur, ut rem tradat; idcirco exigitur ab eo, ut sic rem tradat, ut res sit in emptoris bonis: non quidem ut rem ejus faciat, sed ut ei habere liceat. *d. L. servus*, §. *ult. de act. empt* Neque hoc quisquam fieri putet singulari aliquo jure in emptione. Non enim propter emptionem id efficitur, sed ex eo, quod venditoris hæc obligatio est, ut rem tradat, ut Paulus declarat in *d. L. ex empto, supr. eod.* his verbis: *et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, idest, tradere: quæ res si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat. Quæ res*, inquit; idest, quod tradere, sive quæ traditio facit, ut si venditor dominus non fuit, non id obligetur, ut dominium in emptorem transferat, quod traditionis verbo non continetur; sed ut obligetur evictionis nomine, idest, ut præstet emptori habere licere; ut sic, cum rem ei habere non licebit, idest, eam evicta erit, venditor ex empto teneatur, tanquam qui obligationi de re tradenda non satisfecerit. Quod igitur placet venditorem ita teneri, traditionis hæc vis est, qua tenetur, non emptionis.

Hæc † ego scripsi diligentius propter eos 5

qui lectionem Pandectarum Florentinarum sequi volent in *L. 3. §. 1, supr. de act. em.* ubi ita scriptum est; *Quia et qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur.* Quæ sententia ad confirmationem eorum de quibus diximus, nihil facit. Cæterum si vulgarem aliorum exemplarium lectionem sequimur, quomodo et legisse Bartolum ex scriptis ejus in eum locum apparet; res confecta est: expressa est enim in illis ea sententia, quam posuimus de stipulatione, Rem tradi. Verba hæc sunt. *Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non veniunt in eam actionem, quia et qui fundum tradi stipularetur, vacuam possessionem tradi oportere intelligitur.* Ego autem ita legendum esse contendo, *non dari*, duabus de caussis. Una, quod sententia falsa est, ut quidem ego sentio, stipulationem hanc, *fundum dari*, continere, *vacuam possessionem tradi*. Altera, quod verba Pomponii, quæ sequuntur, stipulationi dandi non conveniunt; stipulationi rem tradi, optime. † Ajo eum, qui stipulatur

6 fundum dari, non intelligi stipulari, *vacuam possessionem tradi*. Primum repugnat significatio dandi: dare enim est dominium transferre. *§. sic itaque, Instit. de ac.* Itaque qui promisit se daturum, ut in hoc teneatur, ut rem omnimodo faciat stipulatoris: *L. ubi, §. ult. infr. eod.* ita dominium in eum transferendo liberatur; utpota solvendo, quod debuit, ut est regula juris, Solutione ejus quod debetur; tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. ob. in pr.* At dominium fundi interdum transferre dominus potest, etiam si, non dico possessionem vacuam non tradat; sed non tradat ne possessionem quidem. Quid enim, si fundus ab alio bona fide possideatur? quamvis promissor stipulatorem corpore induxerit in fundum co animo, ut cum dominum faceret: non efficiet tamen, ut eo magis stipulator fundum ab alio possessum possidere incipiat; quoniam duo eandem rem in solidum possidere non possunt: *L. 3. §. ex contrario, supra, de acq. poss.* attamen dominium in eum transferet. *L. si fundum, supra, de fun. dot.* de quo alias:, proinde et eo facto liberabitur. Quod si liberatur, consequens est non contineri hoc stipulatione dandi, ut possessionem tradat, nedum vacuam. Repugnat præterea natura et conditio harum stipulationum, fundum dari, et vacuam possessionem tradi. Illa enim dandi certa est: hæc possessionis tradendæ incerta, ut diserte scriptum est de utraque in *dict. L. ubi, infra, eod.* De priore quidem in *§. ult.* de posteriore in *§. quid id quod.* Sunt autem hæc contraria, certam esse, et esse incertam; quapropter qui unum stipulatur, alterum stipulari non intelligitur. Demus tamen per se vere dici, cum, qui fundum dari stipulatur, vacuam possessionem tradi stipulari intelligi: attamen exemplum verbis Pomponii non congruit. Sic enim postea scribit: *neque rursus plus debet esse in stipulatione:* † ubi legendum esse apparet, *in hac stipulatione.* Hoc enim dicit; neque 7 rursus plus debet esse in hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, quam in illa, cujus argumento utitur; sive ea est, *fundum dari*, sive ea, *fundum tradi*. Hæc verba de ea stipulatione recte usurpantur, quæ contineat tantundem. Cum enim hoc posueris contineri tantumdem, quia dubitari adhuc potest, an plus etiam contineat; recte adjicitur hæc siva correctio, sive temperamentum, ut dicatur; continet quidem tantumdem hæc stipulatio: sed rursus plus in ea esse non debet. At si stipulatio multto minus continebit; non potest nisi obscure dici, et infra dignitatem earum stipulationum, de quibus agitur, et maxime infra eam vim argumenti, quæ in hac comparatione esse potuit, si ita dicatur; *neque rursus plus debet esse in hac stipulatione:* cum ad vim argumenti, et ad significationem stipulationum exprimendam ita dicendum esset; tantum autem abest, ut plus debeat esse in hac stipulatione, ut constet multo esse minus. Vel hoc modo; absurdum est autem dici plus esse in hac stipulatione, quæ contra multo minus continet. Porro aperte multo plus continet stipulatio illa, *fundum dari*, quam hæc. *vacuam possessionem tradi:* si modo ita statuimus eum, qui stipulatur fundum dari, etiam vacuam possessionem stipulari videri. Hæc enim, Vacuam possessionem tradi, dominii translationem non exigit, ut supra probavimus: illa exigit, et quidem præter dominium possessionem, quam illa contineri diximus. Quod si stipulationem, Fundum tradi, hic accipiemus; eritque hæc definitio, eum, qui fundum tradi stipulatur, intelligi stipulari, vacuam possessionem tradi: tum demum eveniet, ut recte et apposite dicatur utraque tantundem continere: neque tamen rursus plus una, quam altera. De hac igitur scripsisse Pomponium existimandum est, non de altera. Sed de vi stipulationis Rem tradi satis diximus; quod ideo feci hoc loco pluribus, non solum quia ad explicationem propositæ stipulationis maxime pertinet; sed etiam quia pertinet ad inter-

pictationem. *L. si rem tradi, supr. eod.* cujus
8 tractationem in hunc locum rejecimus. ✝ Quæ si vera sunt; jam in hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, non contineri, ut proprietas detur, pro uno duo loci confirmant: hic, et dicta *L. si rem tradi*. Hic quidem ideo; quia exigit solum ex hac stipulatione, ut res tradita sit in bonis stipulatoris; potest autem in bonis esse, ut non sit in dominio. Ille autem ideo; quia proprietatem dari non oportere aperte definiens in stipulatione Rem tradi, simul quid in hac altera dicendum sit, ostendit; postquam et illa, Rem tradi, hoc ipsum continet, ut vacua possessio tradatur. Tantum abest, ut in locis usque adeo consentientibus rationem aliquam differentiæ quærere, aut in ea invenienda laborare debeamus. Atque hæc de jure habendæ rei, quod primum ex hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, præstari
9 oporteat, dicta sunt. ✝ Alterum, ut dixi, quæsitum est de fructibus postea captis, an et hi hac stipulatione contineantur. Quod definitione hujus loci effici videtur, exigit enim definitio, ut res ex hac stipulatione tradita efficiatur in bonis stipulatoris, vel dominio in eum translato, vel translato eo jure, quod bonæ fidei possessorum est, ut ei rem habere liceat. Utrumvis autem factum erit, fructus consequuntur, fiuntque ejus, cujus in bonis ex his caussis res esse cœperit. Sive enim fundus in dominio est, fructus percepti sunt domini, qui eum fundum possidet: *L. qui scit, supr. de usur.* Sive bona fide ab alio possidetur: fiunt fructus bonæ fidei possessoris: dicta *L. qui scit*, §. 1. Quis dubitet igitur bonis positis, et jure habendæ rei constituto, etiam jus fructuum quærendorum, quod bonis est adjunctum, contineri? Et hoc quidam ex hoc loco defendunt: quod ferri posset, nisi quid de hac re sequeremur, clare traditum esset in *d. L. 3. §. 1. supr. de act. empt.* Atqui illic de hac re hæc Pomponii definitio est: *Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem.* Et ne quis hoc temere, nec satis explorata ratione dictum putet, certo argumento confirmat: *quia etsi quis stipulatus esset vel fundum dari*, ut est in Pandectis Flor. *vel fundum tradi*, ut est in aliis exemplaribus, *fructuum præstatio ea stipulatione non continetur.* Neque vero plus esse debet in hac stipulatione. Recte. Si enim conferatur cum illa, *fundum dari*, minus continet: Si cum illa, *fundum tradi*, continet quidem tantumdem; at certe non amplius: quoniam et qui simpliciter stipulatur rem tradi, idem et vacuam possessionem tradi stipulari intelligitur: ut utrovis modo legamus, idem semper utrobique efficiatur. Sed quoniam in dubium revocari potest, quod Pomponius sumit, in stipulatione nimirum, vel *fundum dari*, vel *fundum tradi*, contineri ut vacua possessio tradatur: ne quis sumatur in eo non necessarius probandi labor, nihil erit melius, quam superioris sententiæ de fructibus confirmandæ caussa, sumere id, quod omnium veterum sententiis receptum est. Si quis nimirum fundum dari stipuletur, fructus postea captos in stipulationem et actionem ex stipulatu non venire, etiam si mora facta sit. *L. videamus, §. si actionem, supr. de usur. L. si filiusfamil. §. ult. infr. eod.* Semper enim hoc constare debebit, multo magis dominii appellatione fructus contineri, quam cujusvis possessionis, quantumvis justæ et vacuæ: proindeque multo citius fructus ab eo præstari debere, qui se daturum, idest, dominium translaturum promittit, quam ab eo, qui se promittit, aut traditurum tantum, aut etiam vacuam possessionem traditurum; si quidem fructus si quidem fructus emolumentum rei continet et quodammodo pars est; ac sine eo jure dominium transferri non intelligitur: *L. Mævius. §. penul. sup. de legat. 2, L. 4. sup. de usufr.* non item pars est possessionis etiam vacuæ; multi enim possident, qui fructus suos non faciunt; ut sunt, qui mala fide possident. Sed etsi bonæ fidei possessores sint; non ideo tamen fructus eorum fiunt, quia justæ possessionis emolumentum aut partem continent: sed quia visum est æquum esse, fructus his tribui pro opera et cultura. *§. si quis a non domino, Inst. de rerum divis.* et ideo bonæ fidei possessores non omnes fructus suos faciunt: sed illos tantum, quos sua operis acquisierint; non item eos, qui ex facto eorum non nascantur. *L. fructus, supra, de usur.* Quamobrem sic recte colligetur: Cum quis se fundum daturum promisit, etsi ad fructus etiam acquirendos plus momenti habet dare, quam tradere: tamen fructus postea capti ex ea stipulatione præstari non debent, quia nec stipulatione continentur. Multo ergo minus præstandi sunt, multoque minus continentur stipulatione, si quis se promiserit traditurum tantum; quantumvis se vacuam possessionem traditurum promiserit. Hoc ex conditione, inquam, si modo in stipulationem, *fundum dari*, fructus non veniant; quod quam verum sit, quæremus diligentius ad dictam *L. filiusfamil. §. ult. infr.* Nunc hoc concesso, quod pro confesso sumimus, quia idem probandum sit in hac etiam stipulatione, Vacuam possessionem tradi,

dubitari non oportet. Sed opponitur isti sententiæ et hic locus, et præterea. *L.* 4. *supra, de usur.* Nam et bona contineri hic traditum est; in quibus sunt fructus: et in *d. L.* 4. *de usur.* diserte scriptum est in hac stipulatione, Rem dari, Vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos contineri, ut et actione ex stipulatu peti possint, idque propter inferiora verba. *vacuam possessionem tradi.* Nec vero dubitant nonnulli, quin et Ulpianus hoc loco, et Papinianus in *d. L.* 4. a Pomponio, cujus est superior illa sententia, aperte dissenserint: qua ex re factum sit, ut dissidentes hoc loco et contrariæ veterum sententiæ nobis relictæ sint in Pandectis. Atque ita rem se habere, adeoque perspicuum id esse usque eo illis probatur, ut non dubitent ingenuos pronunciare, qui fateantur; ambitiosos qui dissimulent. Ego autem quod bona venia illorum facere liceat, ingenue dico, et ut sentio, nullam me animadvertere in his locis duobus dissensionem, quæ pugnet cum sententia priore. Plus dico, nihil me in his animadvertere ejusmodi, quod postquam attendi, mibi videatur non dico jam tantopere difficile, sed non admodum etiam proclive ad explicandum. Fieri potest, ut quod res est, non videam, in eoque errem, quod putem me videre; sed si quid erit hujusmodi, tarditatis meæ error hic fuerit: ambitionis quidem certe non erit: a qua cum aliis in rebus omnibus procul abesse cupio, et præsertim cum de vero defendendo agitur, ut, veri amantes decet; tum vero me in hac quæstione quam longissime abesse profiteor. Sed a personis removentes orationem, quæ ad rem nihil pertinet, de re videamus. Ac primum de hoc loco respondebo. *Hac stipulatio, vacuam possessionem tradi,* bonis autem fructus sunt adjuncti: ea enim bona hic intelliguntur, ut diximus, quorum fructus ad possessorem pertinent: ergo et fructus hac stipulatione continentur. Non recte colligitur: et in promptu exemplum est, quod ita esse declarat. Nam et cum stipulati sumus, *fundum dari*, hæc stipulatio non nudam traditionem continet, sed omnium maxime causam bonorum: hoc enim exigit, ut res efficiatur stipulatoris: id autem maxime in bonis, quod est in domino. *L. bonorum, infra, de verbor. significat.* et quod in ea causa est, ejus fructus præcipue ad dominum pertinent; neque tamen ideo fructus ea stipulatione continentur, ut dixi. Sed quoniam

Nil agit exemplum, litem quod lite resolvit.

Potestque dici itidem ut in priore de qua quærimus, sic et in hac stipulatione, *fundum dari*, non recte fieri, quod his fructus non contineri constituatur; cum bonis utrique stipulationi attributis consequens esse videtur, ut et his fructus, qui bonis insunt, tribuantur: dicam, cur non videatur esse consequens, quod pariter ad utramque stipulationem defendendam pertineat. Bonis, inquimus, fructus sunt adjuncti; seu fructus propter bona acquiruntur ei, cujus in bonis res est, ut fundus. Concedo ita esse; sed per consequentiam fundi in stipulatum deducti hoc fit, quoniam fructus fundi sunt accessiones: cæterum principaliter solus fundus in stipulatum deductus est, non fructus. Hoc efficit, ut nec simpliciter videatur fructus in stipulatum deductus, nec omnino peti possit ex stipulatione; duabus de caussis. Primum quia in rebus gerendis id fieri solum dicitur, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. *L.* 1. *supr. de auct. tut.* Deinde quia si per consequentiam fundi fructus veniunt; consequens est ante, quam fundus stipulatoris factus sit, nec fructus accedere; quia fructus sine re, cui accedit, esse non possit: At fructus non fit stipulatoris ante, quam datus fuerit. Proinde nec ante id tempus fructus accedet; neque ex stipulatione deductus est; neque per occasionem et accessionem fundi traditi, quia fundus ante stipulatoris non fuit, ut fructum jure dominii posset petere: et ideo placet etsi mora facta sit, tamen fructus ex stipulatu actione peti non posse. *L. videamus, §. si actionem, supr. de usur.* Scilicet quia mora perpetuat obligationem, quæ fuit; non item constituit novam. *L. si servum, §. sequitur, infr. eod. L. centum, supr. de eo quod cer. loc.* Jam autem fructus in obligatione non fuisse diximus. Quibus consequens erat, ut nec post litem contestatam perceptos præstari oporteret, postquam omnino stipulatione non continentur; quam et Proculianorum sententiam fuisse conjicere possumus ex *d. L. videamus, §. si actionem, de usur.* Verum *Sabinus et Cassius ex æquitate fructus quoque post acceptum judicium præstandos putant,* ut ibidem Paulus scribit, *ex æquitate*, dicit, ut sciamus secundum verba stipulationis contra dicendum esse. Sabinum autem, et Cassium nominatim appellat hujus sententiæ auctores, dum hoc vult intelligi, diversæ scholæ auctores in contraria sententia fuisse. Quod non alia de caussa factum est, quam quod verba stipulationis et jus strictum in stipulatione retinendum putarent: et hoc recte statuerunt

usque ad litem contestatam: lite autem contestata, aliud ratio judicii postulat. Hac responsione nihil puto dici dilucidius, aut verius: certe nihil est illam veterum sententiam statuendam convenientius: ut si quod hic verum est, his rebus tueamur, non metuam apud æquos et ingenuos judices, ambitionis suspicionem. Sed video, unde iis error natus sit, qui hunc locum superiori sententiæ contrarium putant, *caussam bonorum* hoc loco sic interpretantur, ut contineantur eo verbo fructus et partus non minus, quam res ipsa, quæ tradi, aut dari debuit: atque ita ratiocinantur: caussa bonorum, inquiunt, est omne id, quod habiturus esset stipulator, si res tradita fuisset. Porro habiturus
10 fuisset fructus et partus: ergo hi venient. † Minime vero caussa bonorum est id omne, quod habiturus esset stipulator, si res tradita fuisset. Nam si intelligunt, quod verba significant, omne, id quod stipulator habiturus esset, non quod habere posset, definitio aperte falsa est. Sic enim eveniet, ut præter nudam detentionem nihil consequi stipulator debeat ex hac stipulatione, si promissor non fuerit dominus, et scienti rem alienam tradiderit: ab hujusmodi enim promissore quid præter nudam et corporalem possessionem transferatur in stipulatorem, nihil est. Quanquam et hoc casu res adversus eos concludetur. Tum enim quamvis re tradita fructus stipulator non haberet. Proinde ex definitione nec stipulatione contineri intelligantur; atque isto modo fiet etiam quod est longe absurdissimum, ut mitius agatur cum eo promissore, qui sciens rem alienam promiserit, quam cum eo, qui aut fuerit fundi dominus, aut bona fide possederit. Sin intelligunt omne, non quod haberet re vera, sed quod habere posset stipulator: multo magis falsum est id hac stipulatione contineri, aut caussa bonorum. Habere enim potuit proprietatem, re tradita, si promissor esset dominus: hanc vero stipulatione non contineri abunde supra probavimus. Quod si non continetur proprietas, quæ una res est ex iis, quæ in bonis numerantur; cur adeo mirum est, si negemus iisdem verbis et fructus contineri etsi hi aliquando haberi possint? Sed ad definitionem refellendam, satis est dici non omne quod stipulator habere potuit re tradita, id hac stipulatione contineri: quod recte dicitur, si vel in una aliqua re id accidat. Quod si potius intelligunt omne id quod stipulator habere deberet, si res ei tradita fuisset; id dicunt, quod est multo obscurius, quam illud quod definitur: semper enim dubium erit, quid stipulatori debeat præstari: quod multo incertius est; quale sit, quam quid sit caussa bonorum. Et tamen hoc ipsum pro nobis facit, vel potius pro veteribus omnibus. Dicemus enim his verbis stipulatorem habere solum debere fundum, non etiam fructus fundi ante perceptos: quia hi non sunt fundus, neque si separati sint: pars fundi. De separatis autem et perceptis loquimur; ac fundus tantum in stipulatum deductus est, nihil præterea. Licet et de tota antecedente parte argumentationis breviter respondere; adhibita distinctione, qua fiat alterutrum omnino, ut vel propositio falsa sit, vel assumptio. Aut enim *habendi* verbo intelligi volunt, quod stipulator habiturus esset ex stipulatione principaliter, si res tradita fuisset; aut quod habiturus esset non tantum principaliter, sed etiam per consequentiam et occasionem rei traditæ. Si quod principaliter: admitti potest hoc sensu vere dici *caussam bonorum* esse omne id, quod stipulator habiturus esset ex stipulatione. Id enim ipsum est re vera, quod continetur stipulatione dandi, aut tradendi, et quod ex hac stipulatione peti posse Ulpianus intelligit. At hoc sensu falsum est, quod sumunt, stipulatorem habiturum fuisse fructus et partus, si res ei esset tradita. Neque enim fructus et partus haberet principaliter, quia stipulatione deberentur: sed quia fundum haberet ex stipulatione, cujus fundi accessiones sunt fructus. De fructibus autem quæritur, ad quos isto sensu propositio non pertinet: assumptio ita pertinet, ut aperte falsa sit. Quod si intelligunt id quod stipulator habiturus esset etiam per consequentiam: vere quidem dicetur hoc sensu, quod illi sumunt: stipulatorem habiturum fuisse fructus et partus, si res tradita fuisset; quoniam hi fundo tradito dominum aut bonæ fidei possessorem secuti essent: sed falsa erit propositio, ut dicatur *caussam bonorum* id esse, etiam quod habiturus esset stipulator per consequentiam rei traditæ, quales sunt fructus, aut partus: hæc enim nec in stipulatum deduci, nec stipulatione vacuæ possessionis tradendæ contineri satis supra ostendimus: id autem solum in caussa bonorum numerandum est, quod stipulatione continetur. Postremo meminerimus ejus, quod initio pluribus docui *caussam bonorum* Ulpiano hic intelligi, non res non bona, non quod est in bonis aut ex bonis; sed factum, idest, traditionem, qua fiat, ut res de qua cautum est, tradita, sit in bonis stipulatoris: hoc sensu res est expedita. De fundo enim tradendo cautum

est, non de fructibus. Proinde ut fundus efficiatur in stipulatoris bonis, non etiam ut fructus, stipulatione, et hac traditione quæ caussa bonorum dicitur, continetur. Quo posito, tota ista definitio contraria, simul et argumentatio sua sponte concidit.

11 ✝ Quod attinet ad *L. 4. supr. de usur.* si paulo diligentius, quid illic et qua in stipulatione dicatur a Papiniano, attendere volemus, reperiemus, non modo nihil illic contrarium, sed nec quidquam magis superiori sententiæ consentaneum dici potuisse. Papinianus ait in stipulatione fundi, fructus postea captos stipulatorem actione ex stipulatu consequi posse. At qua in stipulatione? non utique in stipulatione, *rem dari*, quæ per se sit: non etiam in stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, quæ item sola sit: sed in ea stipulatione, quæ utramque conceptionem conjunctam in se habeat, *Rem dari, Vacuamque possessionem tradi*. Vel hinc facile licet colligere, confirmare Papinianum, quod supra de singulis hisce conceptionibus constituimus. Hoc enim eum sentire, neque in stipulatione fundum dari neque in stipulatione vacuam possessionem tradi, si unaquæque per se sola spectetur, fructus postea captos contineri: alioqui supervacuum erat duas has conceptiones in eadem stipulatione proponere, ut ex his de rei promissæ fructibus responderetur, si ad fructuum præstationem una ex his, quæ in stipulatum deducta esset, sufficeret. Denique si hanc stipulationem, *vacuam possessionem tradi*, intelligebat fructus postea captos continere, debuit solum de ea quærere, non etiam adjicere, *rem dari*, quoniam si de illa constaret, nihil faceret ad dubitationem alterius adjectio. Neque enim quisquam tam esset stultus, ut dubitaret, an quæ stipulatio per se fructus continet, eosdem contineret, si quis amplius stipulatus esset, *rem* dari: cum ea adjectione vis stipulationis non minueretur sed augeretur. Hæc mihi ratio videtur pene incurrere in oculos, ut si quis hanc non videt, aut hac cognita non movetur; is quid videat, aut quibus rebus moveatur, non intelligam. Itaque ut nihil occurreret aliud; est tamen abunde, cur putem Accursium et Bartolum hoc loco audiendos, cum quod superiore stipulatione fructus contineri vult Papinianus, eo fieri dicunt, quod duæ hæ conceptiones, *Rem dari, et Vacuam possessionem tradi*, simul junctæ sint. Obstat tamen ratio Papiniani: qui cur putet ex hac stipulatione, Rem dari, Vacuamque possessionem tradi, stipulatorem posse fructus consequi, nisi ait non propter illa verba superiora, *rem dari*, non adeo propter istarum conceptionum conjunctionem: sed nominatim propter inferiora verba, et iterum, propter illa verba, *vacuamque possessionem tradi*. Addit etiam in extremo rationem vel explicationem potius rationis: *quia, inquit, re tradita, fructus et partum postea editos in bonis suis stipulatur habere potuisset*. Quibus verbis significare videtur, in his verbis *vacuam possessionem tradi*, hanc vim inesse, ut fructus præstentur, idque propter traditionis verbum. Ait enim: *quia re tradita partum habere potuisset*. De hac objectione apud Accursium et Bartolum verbum nullum. Sed eum doctissimos etiam homines tenuerit, digna est, de qua aliquid dicamus. Ego expedire conabor, et quidem ita, ut non diffidam me bonis et doctis, quod dicam, esse probaturum: Ego igitur hoc Papinianum dicere agnosco. Et verum est, quod fructus ex stipulatione apud eum proposita præstandi, sunt, contingere propter inferiora hæc verba, *vacuamque possessionem tradi*: eoque et his verbis eam vim inesse. Sed utrum velit inesse eam vim illis verbis etiam extra stipulationem propositam, an vero in ipsa stipulatione solum, de qua agitur, hoc est demum, quod ad rem pertinet: de quo amplius quærendum est. Ego in hac stipulatione eam vim esse hujus adjectionis intelligo: extra hanc stipulationem nego: neque aliud intelligo Papinianum dicere. Ad hoc probandum una hæc ratio potest esse satis, si dicatur responsum servire debere quæstioni, ac proinde ad eam esse accommodandum. Nam alioqui nec videatur respondere, qui ad id quod quæsitum est, πρὸν ἔπον non respondeat, §. *præterea. Inst. de inutil. stipula. L. de ætate*, §. *quod autem, supra de inter*. Quæritur autem apud Papinianum non de stipulatione, *vacuam possessionem tradi*; sed de stipulatione, *Rem dari, Vacuamque possessionem tradi*. Proinde de his ille respondens hoc respondere intelligitur, de quo quæstio erat posita; nempe hoc illa efficere in proposita stipulatione, non alibi, ut fructus postea capti præstandi sint. Neque vero si in hac stipulatione hæc verba prioribus subjecta eam vim habent, quam dixi, ideo efficitur extra hanc stipulationem, et per se sola eandem vim habere, quod diligenter animadvertendum est. Verisimile est enim non defuturos, qui hoc quod posuimus, urgeant, ac dicant esse ridiculum, si quis hæc verba in hac stipulatione aliquid efficere concedat: eadem per se sola seu extra hac stipulationem neget vim eandem obtinere. Quasi verborum significatio

locis moteture aut quasi significatio vacuæ traditionis alia sit, cum dixi, *rem dari, vacuamque possessionem tradi*; alia, cum simpliciter dixi *vacuam possessionem tradi*. Et sane esset ridiculum, si intelligeremus significatione verborum fieri, ut propter illa verba, *vacuamque possessionem tradi*, fructus in hac stipulatione præstentur. Nunc autem non verborum significatione id effici dicimus quæ non minus nota fuit cæteris veteribus, quam Papiniano: sed sententia contrahentium; quæ alia est in hac stipulatione, *Rem dari, vacuamque possessionem tradi:* alia, cum simpliciter stipulamur, *vacuam possessionem tradi*. Quod ut quispiam audiat, non postulo, nisi Papiniani verba, non dico, hoc significent, sed etiam pene diserte exprimant. Ait enim: *fructus postea captos propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet:* non dixit, significatio verborum facit, ut consequi debeas: quo tamen nihil erat ad probationem expeditius, si res verborum significatione niteretur; sed dixit, *consecuturum te ratio suadet:* ut intelligamos, quod hic respondet, *in ratione*, idest, in argumento et conjectura voluntatis positum esse, non in certa significatione verborum. Ratio autem, quæ in proposita stipulatione hoc suadet, hæc est: quod bis verbis, *rem dari*, verba hæc adjecta, *vacuamque possessionem tradi*, nisi sic accipiuntur, quasi his et de fructibus cautum sit: erunt supervacua, nihiloque plus agent, quam si quis stipulatus si dumtaxat rem dari: dum enim de re ipsa obtinenda agitur sine fructibus, satis, abundeque de eo sibi cavet, qui sibi rem dari stipulatur: imo nullo verbo magis idonee de ea re cavetur, quam verbo dandi: qua verbo dominii translatio continetur. Porro in omni oratione sic præcipitur verba accipienda esse, ne frustra et otiose posita esse, sed ut aliquid egisse videantur. *L. si quando, supra. de leg.* 1. *L.* 1. *in fin. infra. ad municip.* Ob eam caussam, si quis cum prius his, verbis, *rem dari*, de dominio rei sibi cavisset, adjiciat amplius hæc verba, *vacuamque possessionem, tradi:* recte dicitur *ratio* suadere, ut inferioribus verbis intelligatur non de re solom tradenda et obtinenda egisse, de qua jam satis prioribus verbis cautum erat sed egisse de ejus rei fructibus, seu de præsente traditione, quæ jam nunc fructuom perceptionem secum afferret. Quasi ita dictum, esset. Rem dabis et præterea ita trades, ut ex ea jam nunc mihi fructus obtinere liceat? Cesset hæc ratio, cum quis simpliciter stipulatur, Vacuam possessionem tradi: ibi enim non est periculum, ne si verborum significationem sequamur: nec quidquam amplius veniat in stipulationem quam ipsius rei traditio, ideo stipulatio sit otiosa aut inutilis: ex qua et res tradi debet, et ita tradi, ut esse incipiat in stipulantis bonis: quamvis fructus ante traditionem capti in stipulationem non veniant. Ex quo consequens erit in Pomponii, et veterum aliorum, atque adeo Papiniani sententia, nec in ea stipulatione præter verborum significationem quidquam de fructibus principaliter comprehensum videri. Ergo est hic sensus Papiniani. Si quis tantum stipulatus esset, *rem dari*: neque partus ex stipulatione deberetur. Sed si quis ita stipulatus sit rem dari, ut adjiciat, *vacuamque possessionem tradi:* tum propter inferiora hæc verba et fructus et partus venient, non quia ea verba per se eam vim habeant: alioqui sufficiebat stipulationem ita concipere, Vacuam possessionem tradere spondes? sed quia prioribus adjecta, nisi hoc efficiunt de fructibus, sunt supervacua: quod ratio idest, sententia contrahentium prohibet. Hæc etsi tam dilucide rem explicant, suntque etiam ex verbis Papiniani, et rectæ rationi usque adeo consentanea, ut nihil supra: tamen enim Papinianus in hac stipulatione, *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, fructus venire dicat *propter inferiora verba*, neque quidquam addat amplius, vereor, ne a quibusdam facile obtineri non possit, quin putent fructus præstandos propter ipsa illa verba, ubicunque tandem sint: non autem propterea quod illa ingeminata sunt, et prioribus adjecta: præsertim cum quidam hoc loco asseveranter omissa omni alia ratione pro rata et explorata sententia posuerint, quod fructus ex superiore stipulatione præstandi sint, non propter ingeminationem verborum fieri sed propter *vacui* appellationem. Etsi autem ad hoc refutandum satis erat dicere ab auctoribus non probari, et ideo admittendum non esse, quia cum aliis locis juris tam evidenter pugnet: tamen ne hic etiam scrupulus in animo cujusquam hæreat: simul ut veteribus suus honos, et ipsorum optimis responsis sua auctoritas, et sua ratio in hac quæstione constet, pius suscipiam, et ostendam, in hac stipulatione, *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, fructum præstationem admittere tantum propter ipsa verba inferiora, quæ etsi alibi usurpata esseot, tamen idem possent: denique propter *vacui* appellationem: hoc, inquam, adeo non esse ex Papiniani sententia in *d. L.* 4. *de usur.* ut nihil fingi potuerit a verbis et sententia Papiniani alienius. Verbis quidem nullo modo convenire istam interpretationem, atque adeo mul-

tis modis his adversari, perspicuum est. Primum ait fructus præstandos propter inferiora verba hæc, *vacuam possessionem tradi:* si propter *vacui* appellationem fructus præstandi sunt, non debuit dicere id fieri propter inferiora verba; sed propter inferius verbum, nempe *vacui:* male enim toti conceptioni trilmeretur, quod esset unius verbi proprium certe fatendum est, si id fiat, non fieri ex proprietate verborum. Deinde ait, ut fructus *propter inferiora verba* præstentur rationem suadere. Male hoc quoque si *vacui* appellatio id facit: non enim ratione et argumentis colligi dicendum est, quod verbis exprimitur. Postremo quod fructus præstari vult, non *vacui* verbo tribuit Papinianus; sed nominatim traditioni. Ait enim: quia re tradita partum in bonis stipulator habere potuisset: non ergo dicit, quia traditio vacua esse debuit: sed quia debuit tradi, ac re tradita stipulator fructus habere potuit. Hæc omnia igitur in verbis ipsis aperte repugnant, quominus propter verborum significationem, multoque minus propter *vacui* appellationem ex stipulatione Papiniano proposita fructus præstari intelligamus. Sed demus verba hanc quoque recipere posse interpretationem, ut sic oratio ambigua apud Papinianum efficiatur. Nihil verba ad rem pertinent, si sententia scribentis refragatur: neque enim in ambiguo sermone utrumque dicimus; sed id solum quod volumus. *L. 3. supr. de reb. dub.* Atqui ita refragatur sententia, ut nihil possit magis: quod ex vitiis, quæ in istam interpretationem concurrunt, intelligi potest. Ea enim demum significatio et interpretatio ex mente scriptoris ac præsertim in jure, putanda est quæ vitio caret. Unde ea quoque significatio in ambigua voce *legis* semper accipi jubetur. *L. in ambigua, supr. de legib.* et merito: ut enim recte Tubero, nemo dicere existimandus est, quod non sentiat. *L. Labeo, vers. Tubero, supr. de supel. leg.* Absurdum est autem existimari sanum et intelligentem scriptorem, aliter quam vere, et ex præceptis notis, denique quam sine vitio sentire. Quapropter si qua erit hic interpretatio ejusmodi, quæ dubitationem ineptam habeat: sententiam non tantum falsam, sed etiam absurdam: et maxime si fateamur eam ex probabili magis, quam ex vero data opera expressam esse; eam ne ex mente cujusquam non imperiti, nec absurdi scriptoris esse dixerimus; multo minus Papiniani, qui ut omnium acutissimus, et ingeniosissimus a veteribus dictus est: ita in jure respondendo omnium integerrimus et religiosissimus est habitus: adeo ut *juris asilum* nominaretur. Atqui hæc omnia vilia, quæ dixi, in ista interpretatione reperientur. Faciamus ergo propter *vacui* appellationem fructus in stipulatione Papiniani esse præstandos. Primum hoc erit consequens, quod supra attigi, stultam et ineptam quæstionem esse Papiniani de hac stipulatione, *rem dari, vacuamque possessionem tradi:* cum si per se hæc stipulatio, *vacuam possessionem tradi,* fructus contineat, non debuerit dubitari an contineret illis verbis adjectis, *rem dari;* quæ od obligationem augendam pertinent, non ad minuendam. Efficitur deinde et illud: nam cum Papinianus fateatur bis solis verbis, *rem dari,* non contineri fructus, si contra hac stipulatione *vacuam possessionem tradi,* contineri eos intelliget: nimirum hoc statuet plus continere hanc stipulationem posteriorem, quam priorem. Quod etsi aliis rebus et locis non refelleretur, est tamen ipsum per se dictu absurdum; cur enim stipulatio hæc, *vacuam possessionem tradi,* fructus continet iis auctoribus, qui continere volunt? *quia continet,* inquiunt, *caussa bonorum,* ut hic scriptum est; idest, ut illi interpretantur, id omne quod habiturus esset stipulator re tradita; in quo numero sunt fructus? ut autem Papinianus scribit in *d. L. 4. de usur.* quia re tradita stipulator fructus et partus in bonis habere potuisset. Et dubitamus hanc rationem multo majorem esse in stipulatione, *rem dari?* quæ enim res magis sunt in bonis stipulatoris, quam quæ et datæ sunt, idest, quæ cœperunt esse in ejus dominio? aut cui potius fructus aut partus acquirantur re tradita, ac per hoc dominio quæsito, quam ipsi domino? Est igitur plane absurdum, cum quid certa ratione admiseris in stipulatione, *vacuam possessionem tradi,* id repudiare in stipulatione, *rem dari,* in qua eadem ratio multo magis locum habeat. Et quidem illi ipsi, qui superiorem interpretationem defendunt, veris victi non aliter judicant, quam falsam esse istam opinionem Papiniani, verioremque Pomponii sententiam. Ac qui fiat, ut Papinianus homo omnium acutissimus et consultissimus, id quod res erat, hic non viderit, si quis roget: vidisse eum non negant, ne quis forte hujus acumen et prudentiam illis objiciat; sed hæc eum in libris Quæstionum scripsisse ajunt. In quibus sæpe tractantur non tam vera, quam vero similia, et quæ ipsi qui scribunt, non valde probent. Malitiosi hoc quidem est, et versuti scriptoris, aut ostentatoris inepti: non viri boni, non cordati Jurisconsulti: qualem præcipue Papinianum fuisse responsa ejus,

et omnes historiæ testantur. Nempe hoc erat reliquum, ut ineptam ejus, et absurdam sententiam non tarditatis et imperitiæ nomine, sed ambitiunis, aut malitiæ auctoris excusatione defenderemus; cum tamen is fuerit, ut dixi Papinianus: cui cum omnes veteres detulerint excellentissimi ingenii, et summæ prudentiæ laudem: tamen eum veritatis studio, et integritate superiorem fuisse agnoverint. Quæ cum tam magna et tam manifesta vitia sint in ista interpretatione, qua placet sola *vacui* appellatione fructuum præstationem contineri: quidvis admittendum potius, quam illam prudentiæ et æquitati, idest, menti et sententiæ Papiniani convenire. Et certe, dicam ingenue, magnam injuriam facimus optimo auctori, cum illi eam sententiam affingere conamur, quæ tot vitiis laboret, quæ nec in quovis non prorsus inepto scriptore facile quisquam sustineat admittere, sed eo indigniorem, quod nulla necessitate verborum, nulla certa ratione coacti, sed tantum, judicio nostro adducti id facimus, nihil aliud laturi denique, nisi ut ea sententia admissa non solum ea ut falsa et inepta, sed etiam ut aliis locis, quos probamus, contraria cum summo dedecore auctoris sui ejiciatur. Quod si neque verbis, neque menti Papiniani ista interpretatio posterior convenit, ut probavi; necesse est manere priorem illam, quam initio posuimus, quæ et verbis conventissima est, et non solum vitio caret, sed etiam certa ratione nititur, ut in stipulatione ista, *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, ideo de ejus sententia contineantur fructus, quia superioribus illis *rem dari*, adjuncta sint hæc inferiora, *vacuamque possessionem tradi*: et quod idem valet, quia conjunctæ sint hæ duæ conceptiones, quarum inferior otiosa esse non debeat. Atque hæc quidem ita sunt, etsi de sententia et auctoritate solius Papiniani in hac re ageretur. Nunc autem agitur in his scriptis veterum, quæ in Pandectas relata sunt, de mente et auctoritate Justiniani; qui his omnibus ita auctoritatem dedit, ut sua esse vellet, et ita accipi, quasi a se profecta, ut de his testatur *L. 1. §. omnia enim, et L. 2. §. tanta, C. de vet. jur. enuclean.* Proinde et ex mente ejus, si qua nobis manifesta erit, legem accipiant, oportet. Ipse autem de eorum interpretatione hanc legem præscribit, vetat in his ullum contrarium admitti: quoniam et in his nullum sit. Quod si quid istjusmodi esse videbitur, jubet diligenter excuti diversitatis locorum rationem; quæcunque invenietur, quæ ad conciliationem faciat, hanc sumi vult, et ex hac litem componi, quasi hoc ipsum auctores ipsi sensissent. Id ergo et nunc faciamus. Agitur de Papiniani responso quod est in *L. 4. de usur.* Id auctoritate Justiniani confirmatum caveamus, quantum possumus, ne tanquam improbandum et iniquum repudiemus; nisi eadem opera velimus repudiari legem et constitutionem. Id citatur tanquam contrarium Pomponii definitioni, quæ exstat in *L. 3. §. 1. de act. empt.* Videamus, num qua sit verborum ejus interpretatio (ut scriptum ambiguum esse potest) quæ nec vitiosa sit, et admissa efficiat, ne responsum illi alteri loco adversetur. Si qua occurrit hujusmodi, hanc ex mente Justiniani accipiamus, cujus has leges esse, et hanc interpretationis regulam jam ante diximus. Atqui interpretatio a nobis exposita est ejusmodi, quæ faciat, ut non modo non dissentiat Papinianus a Pomponio, sed etiam videatur maxime idem probare. Nihil relinquitur nisi ut hanc sumamus: etiam si maxime alia significatio verborum afferri posset non absurda, quæ alterum ab altero dissentientem induceret. Hoc modo cum voluntati legislatoris Justiniani parebimus in his scriptis omnibus retinendis, ut in ejus legislatione facere æquum est: tum vero Jus Civile ex iis constitutum suam dignitatem tenebit; bonis et magnis auctoribus suus bonus, sua auctoritas integra manebit: neque metuemus, dum id fit, ne quod auctoritate Justiniani facimus, non certa ratione, et veri studio ducti facere videamur. Hæc qui præstant, eos ego non ignorum tantum, sed etiam bonorum et cordatorum interpretum officio fungi judico: qui secus: hi quomodo id nomen tueantur, alii existimabunt.

Ad L. *Stipulationes commodissimum.* 53.

Julianus. *libro* 16. *Digestorum.*

Stipulationes commodissimum est ita componere, ut quæcunque specialiter comprehendi possint, contineantur; doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possint, et ad incertos casus pertineat.

SUMMARIA.

1. *Faciendi stipulationibus propter stipulantium commoditatem pœna utiliter adjicitur.*
2. *Doli clausula generali quicunque dolus præteritus vel futurus vindicatur.*
3. *De doli stipulationibus componendis consilium veterum.*
4. *Doli clausulæ vis.*
5. *Doli clausulam, quo sensu et cur ad incertos tantum casus pertinere dixerit Julianus.*
6. *Regula Juris,* Generi per speciem derogari, *explicatur.*
7. L. Si servus, §. Cum eo. supr. ad L. Aquil. *verba exponuntur.*

1 Quemadmodum qui stipulatur aliquid fieri, aut non fieri, non necesse habet stipulari pœnam, si factum non sit, quod promissum est, aut si quid contra quam cautum est, factum sit: et tamen propter commoditatem stipulantium veteres cavent, ut pœna adjiciatur; quia plerunque difficilis sit probatio ejus, quod interest, et ad exiguam summam redigatur. §. *ult. Instit.*

2 *eod. L. ult. infr. de præt. stip.* † Sic in stipulatione de dolo accidit, ut si quis dolum præteritum aut futurum promissoris, heredumve ejus metuens de eo sibi cavere velit, nihil erret ad jus cautionis, si generali doli clausula sibi de eo caveat eo modo, uti hæc concipitur in *L. ex ea, supr. et L. stipulatio ista, §. si quis dolum. supr. eod.* dum enim probet aliqua in re dolum admissum esse, quicunque is dolus vel inciderit ante, vel incidet postea, satis generali stipulatione, quæ appellatur doli clausula in *L. doli infr.* vindicatur. Est ex ea doli nomine actio ex stipulatu, *L. et eleganter, §. non solum, supr. de dol.* eoque incerti. *d. L.*

3 *ex ea infr.* † Sed tamen et hac in re quod stipulanti commodum sit, consilium datur a veteribus, ut hoc loco, ut quæcunque et quacunque in re sibi quis timet de dolo promissoris, heredumve ejus, ea specialiter comprehendantur: tum deinde generalem doli clausulam subjiciat. Hoc modo stipulationem componi ideo commodum et utile stipulanti: quia etsi generali stipulatione satis continentur species omnes, quæ ex eo genere sunt: tamen non facile semper potest probari, quid dolo malo factum sit. Huic incommodo occurretur speciali stipulatione: in qua factum ipsum promissoris notatur sine ulla doli mentione. Neque tamen cum omnia nominatim complexus eris, quæ specialiter comprehendi possunt, ideo inutile est generalem clausulam subjicere: quia fieri potest, ut cum omnia comprehenderis, quæ occurrebant, non tamen omnia comprehenderis: quoniam multa te fugerint, quæ postea emergent. Atque hoc consilium est veterum de doli stipulationibus componendis. Hinc re ad eum modum composita, quæsitum est de doli clausula, quam vim habeat.

† Generalem dixerit aliquis, ut et ipsa ge- 4
neralis est: scilicet ut de omni specie doli quæ postea se ostendet, ex ea agi possit. Non ita est. Sic doli clausula subjicitur; *ut pertineat,* inquit Julianus, *ad ea quæ in præsentia occurrere non possunt, et ad incertos casus.* † Ut pertineat ad incertos casus, 5
sic accipiendum est: ut pertineat ad istos tantum, non etiam ad alios. Scimus quidem dici recte posse eam clausulam pertinere ad incertos casus, quæ nihilominus etiam pertineat ad certos: quia generalitate sua utrosque contineat. Verum hoc Julianus non sentit; sed ideo nominat tantum incertos casus, ut de his definiendo cæteros excludat, ut fit in definitionibus, quæ recte concipiuntur. Idque cum ex re ipsa, tum ex

aliis locis, qui de eadem re scripti sunt, liquet. Nam quod ad rem attinet, non potest dubitari, an doli clausula pertineat ad ea, quæ stipulatori non occurrerunt: eum non alia de caussa interponatur, quam ut de iis, de quibus specialiter comprehendi non potest, stipulatori cautum sit. Quod reliquum est, ne quis sit conjecturis locus, rem hanc dilucide explicat *L. doli, infr. eod.* in qua scriptum est, doli clausulam, quæ stipulationibus subjicitur, non pertinere ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur. Si ita est, consequens est, si ad aliquas res pertinet, ad eas tantum, de quibus nominatim cautum non est, pertinere: quas res hic *incertos casus* vocat Julianus. Non enim incertos eos tantum accipere debemus, qui sunt incerti, et ignoti stipulatori, et ut loquitur Julianus, qui stipulatori occurrere, id est, in mentem venire non possunt: sed incertos, indefinitos, et generali tantum orationes comprehensos; non nominatim et specialiter nuncupatos, quomodo generaliter et indefinite promissum hominem appellamus incertum. *L. cum incertus, supr. de leg.* 1. *L. heredes.* §. *si incerto, supr. fam. erc.* et quantitatem non aperte definitam, sed ex utilitate et eo quod interest utrjusque pendentem, incertam. *L.* 2. §. 1. *infr. de præt. stip.* §. *ult. Inst. eod.* Si in ambigua voce legis ea significatio capienda est, quæ vitio caret: *L. in ambigua. supr. de leg.* sola hæc significatio, quam dixi, huic loco convenit. Aliter enim interpretantibus et in verbis vitium est, et in re ipsa ac sententia definitionis. In verbis; quia utitur Julianus otiosa redundantia et inculcatione verborum, incertos appellans casus, ea quæ occurrere non possunt, de quibus jam satis prioribus verbis comprehensum erat; neque enim dici potest prodesse hæc verba ad explicationem præcedentium: quoniam multo obscurius est, qui sint casus incerti, quam quæ sint ea, quæ occurrere non possunt. In re et sententia definitionis; quia minus complectitur definitio, quam oportet; neque enim doli clausula ad ea tantum pertinet, quæ occurrere stipulatori non potuerunt: sed generaliter ad ea omnia, de quibus specialiter cautum non fuit: est enim generalis: pruinde omnes casus doli continet, nisi si qui sint, qui exeipiantur; neque excipiuntur alii, quam ii de quibus nominatim cavetur. *d. L. doli, infr.* Fieri autem potest, ut et de iis rebus specialiter non caveatur, quæ tamen stipulatori quærenti occurrere potuerint. Quid enim, si quærere noluit, aut sciens compleeti non curavit, generali doli stipulatione contentus? proinde et ad has quoque doli clausula pertinebit. Quod si pertinet: sine vitio hi casus in hac definitione prætermitti non possunt. Effugiuntur hæc vitia si incertos casus accipimus non definitos non nominatim et aperte comprehensos: sic enim et recte distinguuntur a Juliano incerti casus ab iis, quæ occurrere non possunt: definitioni nihil deest. Interim ut ad hos omnes casus pertinet doli clausula, ita illud manebit, quod dixi, eam ad hos solos pertinere, non item ad eos, de quibus nominatim cavetur: eaqua sententia definitioni Juliani hoc loco intelligenda est. Hic ergo non abs re quæritur, cur placeat eam clausulam pertinere ad incertos tantum casus: nam, ut dixi, clausula generalis est: constat autem generali verbo omnes species ejus generis contineri. *L. si servitus supr. de ser. præ. urb*: *L. Mævius*, §. *duorum*, *supr. de leg.* 2. Dicendum est, sic oratione generali contineri omnes species generi subiectas, nisi aut exceptæ sint, aut frustra includantur. Altero enim modo efficitur, ut non contineantur de sententia loquentium: altero ut contineatur inutiliter, quod tantundem valet. Horum autem alterutrum in proposito accidit in iis rebus, de quibus nominatim cautum est. Prius quidem ratio juris facit, ut quæ ita specialiter comprehensæ sunt, hæ de generali doli clausula, quæ subjecta est exceptæ intelligantur. Sic enim est regula juris. † In toto jure generi per speciem 6
derogari. *L. in toto, infr. de regul. jur. L. sanctio, infr. de pœ.* Cujus hæc est sententia: quoties de re aliqua generaliter et in universum constitutum quid est, si quid de specie una aut pluribus ei generi subjectis specialiter cautum sit, semper speciem ex genere exemptam videri, eoque ad definitionem generalem non pertinere: idque observari non solum in legibus; sed etiam in privatorum voluntatibus, tum supremis, tum contrahentium. *d. L. sanctio., de pœ. L. si peculium, supr. de manumis. testam.* Ducta quidem regula est ex hominum more et sensu: quorum in his quæ agunt, ea mens et cogitatio esse intelligitur, ut aliquid agant, neve frustra fecerint quid, aut sibi caverint. Frustra autem de quibusdam specialiter sibi cavent, si velint ea ad definitionem generalem, quam subiiciunt, pertinere. Sed quia hæc mens non occurrit omnibus, cum in coniectura voluntatis posita tantum sit: ideo satius est de eo ex regulæ juris statui: ea est autem, quam dixi, semper speciem ex genere eximi. Neque aliud placuit in his verbis legis Aquiliæ, *quidve*

usserit, fregerit, ruperit injuria: quæ sunt ex tertio capite in *L. si servus*. §. *hujus supr. ad leg. Aquil.* sed et hic verbum *rupti* quamvis generale, ad priores species *usti et fracti*, de quibus ante nominatim cautum erat, pertinere intelligendum est: argument: in *L. sed etsi*, § *deinde*, *supra*, *ex quib.*
7 *caus. manum.* † Non negat Ulpianus hoc in *d. L. si servus*, §. *cum eo, ad leg. Aq.* cum ita scribit: *Et non negat Celsus fractum et ustum contineri rupti appellatione: sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiiciat verbum, quo specialia complectatur.* Nam, ut id obiter explicemus, in his verbis, *quo specialia complectatur*. *Quo* positum est pro *Ut*; non autem ut significet, *quo verbo*. *Sic* res habet: lex interdum subiicit generale verbum, ut specialia complectatur, et quidem omnia: sed non ut complectatur omnia eo generali verbo. Expressa complectitur iis verbis, quæ præcesserunt: non expressa autem verbo generali, quod ad eam rem subjectum est. Ita consequitur, ut nihil omittat, sed complectatur omnia quæ ad id genus pertinent. Ut autem dicamus legem subiicere verbum generale, *quo*, idest, quo verbo, sive ut eo verbo specialia omnia complectatur, etiam ante expressa, nulla ratio patitur ne probabilis quidem. Est enim non tantum supervacuum, sed etiam aperte ridiculum. Nam ubi quædam ante nominatim comprehensa sunt, otiosum est ad ea amplius significanda aliud verbum adiicere, cum de his cautum sit satis. Sed illud plane est ridiculum, si lex specialia jam ante enumerata complecti volens putat se id melius consequi posse verbo generali, quam specialibus ante expressis; cum his res certo designetur, quia nominatim et distincte: verbum autem generis obscure, quia universim et indefinite. Ergo quibusdam specialiter enumeratis subiicit lex interdum generale verbum, ut complectatur omnia specialia: sed ut complectatur suis quæque verbis: expressa quidem suis et distinctis, quæ ad eam rem comparata erant: reliqua generali verbo, non item priora: quia adjectio generalis verbi eo non pertinebat, neque vero ad eam rem erat necessaria. Unde colligi vult cum Celso Ulpianus tametsi verbo *rupti* fractum et ustum contineatur; non ideo tamen hæc duo posteriora esse in lege supervacua, aut exprimi non debuisse, propter verbum generale *rupti*, quod subiicitur: quia scilicet verbum generale non eo subiiciatur, ut ea exprimat aut contineat, quod ineptissime fieret; sed ut ne quid desit ex specialibus, quæ omnia prioribus enumeratis complecti non potuit. Ita etiam in his tribus verbis, quæ in tertio capite legis Aquiliæ coniunguntur, *usserit, fregerit, ruperit*, apparet regulam juris suam vim obtinere, ut nec verbum *rupti* generale ad species ante expressas pertineat, quasi enumeratione speciali ex genere exemptas: quod et in clausula doli quibusdam doli casibus nominatim enumeratis subjecta probandum est. Sed cur laboramus in hac ratione confirmanda, cum etsi per se verissima sit; tamen possit superior definitio ea carere? Demus enim generali doli clausula et verbis, et cogitatione contrahentium eosdem doli casus contineri. Hac ipsa ratione maxime efficietur, ut ad eos non pertineat, quia hactenus nulla sit. Huc enim denique redibebit hæc comprehensio, ut bis de iisdem casibus cautum intelligatur. Ita etiam posterior stipulatio generalis hactenus erit inutilis: id est, nulla, ut docuimus ad *L. qui bis*, *supr. eod.* Non potest dici ad alios casus pertinere, quæ nulla est: non potest, quæ est inutilis, ad alios casus prodesse, ut de iis ex ea agitur.

Ad L. *In stipulationibus.* 54.

Idem *libro XXII. Digestorum.*

In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur. Cum species stipulamur: necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem ut partes corporum cuique debebuntur. Quotiens autem genera stipulamur, numero fit inter eos divisio: veluti cum Stichum et Pamphilum quis stipulatus, duos heredes æquis partibus reliquit, necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi: si idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines heredibus ejus deberentur.

SUMMARIA.

1. *Quæstio et argumentum hujus legis.* et n. 4.
2. *Stipulatio inter quos jure dividatur.*
3. *Quota pars iis, quibus acquiritur pro parte stipulatio debeatur.*
5. *Corporum partitione divisio quomodo fiat.*
6. *Numero quomodo.*
7. *Speciebus in stipulationem deductis singulorum corporum debentur partes: in generibus numero fit divisio.* et n. 17.
   Id an perpetuum, vide n. 19. et 22.
8. *Corporum et rerum partes quædam divisæ, quædam indivisæ.*
9. *Res una quoties in partes dividi dicitur intelliguntur partes indivisæ, non divisæ.*
10. *Partes divisæ aut indivisæ quæ.*
11. *Indivisas juris intellectu, non corpore constaret.*
12. *Partium indivisarum usus, in quibus consistit.*
13. *Divisio naturalis, qua res in partes distinctas secantur, cur in proposito non solvetur.*
14. *Species quid, et unde dicatur, et quid inter IC. et Philosophos in usu hujus verbi intersit.*
15. *Genus quid.*
16. *Genus et species inter se quid differant:*
18. *Res quæcunque in stipulationem deducuntur, aut species aut genera sunt, aut ad horum alterum referuntur.*
20. *Pecuniæ, quæ in arca est, promissæ, quomodo inter duos stipulatoris heredes fiat divisio.*
21. *Species numera nominatim adjecto in stipulationem deductæ, quomodo dividantur.*
23. L. Cum Stichus infr. de sol. *declarata, ejusque vera lectio demonstrata.*
24. *Generum plurimum, non unius stipulationem numero dividi.*
25. *Generum et specierum dividendarum, cur diversa ratio a veteribus introducta.*
26. *Numeri divisio in generibus sola recepta, quæ commoda tribuat.*

1 Cum inter aliquos dividitur jure stipulatio: non est satis intelligi eam dividi, sed etiam quatenus, et quomodo dividatur cognoscendum est; alioqui quid et quantum cuique acquiratur, erit incertum. Quomodo in his stipulatio dividatur, ea pars est, quæ hoc loco explicatur, sed frustra et sine ullo fructu, nisi prius statuerimus esse, inter quos stipulatio dividatur jure; et qui nam hi sint; tum quatenus inter eos dividatur stipulatio, tenemus: his enim non constitutis, quæstio ex his consequens ubi consistat, non habet. Ut igitur inde accessatur hic locus, unde oportet, intelligaturque hujus quæstionis et locus et usus: † sciendum est inter eos, quibus aut per se aut per alios stipulatio acquiritur, esse, quibus acquiratur pro parte, si modo res, de qua agitur, divisionem recipiat. Quod tunc præcipiendi locus est, cum circa vim et potestatem sti- 2

pulationis quæritur, quantum cuique, cujus ea stipulatio est, debeatur, tantum ei ex stipulatione petere liceat. Quibus aequiritur in solidum, infiniti sunt: quibus pro parte, pauci et certi; itaque ex bis de utroque genere nullo negotio statuetur. Acquiritur stipulatio pro parte iis, inter quos ea jure dividitur. Dividitur autem, cum aut plures rem eandem ab eodem una conceptione verborum stipulati sunt; aut unus quidem stipulator est, sed ab ejus persona stipulatio transit ad alios; quod fit aut statim, cum servus communis plurium dominorum, vel bonæ fidei possessorum, vel fructuariorum stipulatus est: aut ex eventu, cum stipulator decessit pluribus relictis heredibus. Nam si plures eandem rem simul stipulando perinde habentur, quasi singuli partem stipulati essent. *L. reos*, §. 1. *infr. de duo. reb.* Servus communis omnibus dominis acquirit pro parte. *L.* 5. *infr. de stip. ser.* Quod de dominis dico, de omnibus dico, de omnibus intelligendum est, qui in hoc jure acquisitionis pro dominis habentur, bonæ fidei possessores et fructuarii, pro ea distinctione quæ explicatur sub titulo, de stipulatione servorum, *infr. et* §. *de his, et seq. Instit. per quas pers. nob. acq.* Stipulatio autem hereditaria certo jure inter heredes dividitur, ut et cæteræ res hereditariæ *L.* 2. §. *ex his, supr. eod. L. heredes*, §. *an ea. supr. fam. ercisc.* Atque hinc est, quod hoc loco cum de ratione dividendæ stipulationis inter aliquos agitur, mentio fit dominorum et heredum, inter quos ea fiat divisio. Non est satis intelligi stipulationem his acquiri pro parte, ut sciamus quid sit illud, et quantum, qood iis debeatur; de quo hic præcipue agitur: nisi etiam de ea parte constet, et quota sit, et qualem eam intelligi velimus. Nam neque inter omnes, inter quos stipulatio dividitur, partes sunt æquales; et in iisdem partibus sive æqualibus, sive inæqualibus varia sunt genera partium, seu varia ratio dividendi; quapropter et de utroque constituendum est.

3 ✝ Et qoota ea pars sit, de qua agitur in supra scriptis personis, iisdem illis locis satis comprehensum est, quibus et de dividenda inter eas stipulatione jus statuitur. Qui eandem summam ab uno stipulati sunt, si adjectum non sit, ut duo rei stipulandi essent, pro numero personarum dividitur inter eos stipulatio, quasi virilem, idest, æqualem partem singuli stipulati essent, *d. L. reos*, §. 1. *de duo re.* arg. in *L. cui fundus. supra de con. et dem.* Servus communis quod stipulatus est, dominis acquirit pro ea parte, qua dominis acquirit pro ea parte, qua dominium in eo habent, *d. L.* 5. *infr. de stip. ser.* Stipulationem autem hereditariam transire ad heredes constat pro portionibus hereditariis. *L. ea quæ, C. fam. erc.* Sed cum hoc constituerimus: restat etiam illa altera quæstio. Ad illas partes vel æquales, vel dominicas vel hereditarias obtinendas quomodo stipulatio dividatur; quoniam, ut dixi partium varia generia sunt, et totidem divisionum: neque omnia idem præstant: ut multum et ad voluntatem eorum, ad quos ea res pertinet, et ad eorum commoditatem referat, quænam ex his potissimum intelligamus. ✝ Hanc partem tractat hoc loco 4
Julianus, de qua statuit in summa ad hanc sententiam: Rebus pluribus in stipulatum deductis dupliciter stipulationem dividi posse, nam aut corporum et rerum partitione divisionem fieri, aut rerum numero. ✝ Corporum 5
partitione, cum singula corpora dividuntur in partes. ✝ Numero, cum singulis rebus 6
integris et indivisis manentibus summa tantum et numerus rerum stipulatione comprehensarum dividitur in alios numeros minores: ut cum decem dividuntur in quina; duo in duas unitates: et in summa aut res singulas dividi, aut rerum numerum. Utramque hanc divisionem non omnibus rebus promissis convenire: ✝ referre, utrum in 7
stipulationem deducantur species, an genera. Si species; singulorum corporum divisionem fieri, et quique eorum, inter quos stipulatio dividitur, partes deberi. Si genera; tum fieri numero divisionem. Quod sic accipere debemus, divisionem non corporum, sed stipulationis: ut et ipse exprimit postea in §. *operarum*, et expressum est aliis quoque locis, ut *L. si centum, infr. eo. et L. cum Stichus, infr. de sol.* Quod obiter monendum putavi, ne quis cum vulgo ità nostros loqui existimet, ut dicant res promissas aut corpore, aut numero dividi: quod imperite diceretur. Neque enim rebus omnibus in se ipsis indivisis manentibus dici possunt ipsæ res dividi; etsi ex decem uni attribuuntur quinque, alteri quinque: hæc enim decem, idest, numeri divisio est, non corporum. Sed redeo ad distinctionem superiorum divisionum: quam exemplis ita explicat Julianus, ut dicat, si Stichus et Pamphilus in stipulatum deducti sint, et stipulatoris duo sint heredes ex æquis partibus: non uni Stichum, alteri Pamphilum, sed utrique Stichi et Pamphili dimidiam partem deberi. Si promissi sint generaliter duo homines, deberi singulis unum hominem, non duorum partes: cum qua sententia pene omni ex parte congruit *d. L. cum Stichus, infr. de sol.* Po-

stulat hic locus ut quædam explicemus, primum de harum divisionum generibus, deinde de ea distinctione qua res certæ tantum dicuntur hoc aut illud genus admittere. De generibus harum divisionum videndum, an hæc sola dividendi genera sint, an plura. Et sola esse certum est, si quis modo ge-
8 nera summa consideret. † Sed ejus generis partium, in quas singulæ res dividuntur, quas corporum et rerum partes hic dicimus, duæ sunt species. Quædam sunt divisæ partes, quædam indivisæ. *L. 5. infr. de stip. ser. L. recte, §. ult. infr. de verbor. signif.* Quæritur igitur, unam ex his hic intelligamus, an utramque: et si unam, utram accipia-
9 mus. † Et generaliter hoc tenendum est, cum dicitur rem unam aliquam in partes dividi, in usu juris intelligi partes indivisas, nunquam divisas. *d. L. 5. infr. de stip. ser.* ut non dubium sit, quin eas hoc loco acci-
10 pere debeamus. † Divisæ partes sunt, discretæ, et separatæ aliæ ab aliis, ut jam non amplius uno corpore teneantur, sed singulæ unum corpus efficiant, atque adeo non jam singulæ pars sint, sed totum. *L. si quis duas §. 1. supr. com. præ. L. nam satis, supr. si ser. vin. d. L. recte, §. ult. de verb. sig.* Indivisæ, quæ ita sunt partes, ut non sint discretæ, sed confusæ invicem; denique quæ statum rei non mutant, quæ non faciunt,
11 quominus integra res sit, ut prius. † Et quænam esse possunt ea partes quæret aliquis, post quas nihilominus res maneat integra, idest, indivisa? natura non sunt; intelliguntur tantum, et mente cogitatione distinguuntur: unde dicuntur ab Ulpiano in *d. L. 5.* intellectu magis haberi, quam corpore. *Magis*, positum ad electionem significandam, non ad comparationem: nullo modo enim habentur corpore, idest, corporis divisione, ut alibi hoc expressit Papinianus, *L. Mævius, §. duorum, supr. de leg. 2.* Sed si quæratur utrum dicendum si potius, constarene istas partes intellectu, quam corpore, magis est, ut dicamus intellectu. Constant tamen intellectu, non quia quisque eas sibi fingit, et concipit animo; sed quia jus eas constituit; quia eas in re aliqua vult intelligi, ut secundum eas cuique sociorum ea tribuantur, quæ jus ad singulos vult pervenire. Unde rursum dicuntur a Papiniano obtineri non simpliciter intellectu, sed juris intellectu, *dict. L. Mævius. §. duorum, supr. de leg. 2.*
12 † Sed frustra hæ intelliguntur jure, si intellectarum nullus est usus: et quis potest, dixerit aliquis, usus esse earum partium, quæ nusquam sunt, et quæ etiam si sint, tamen ab iis ad quos eas pertinere volumus, separatim et tanquam propriæ obtineri non possunt? Utilitas earum cernitur in fructuum et obventionum perceptione. Nam cum fructus dividi possint, eos etiam singuli divisos et sibi proprios ferent pro ea parte dominii, quam juris intellectu in corpore rei obtinent. Ita fiet etiam, ut in his habendis videantur singuli separatas rei partes habere; quoniam fructus cujusque rei emolumentum ejus rei continet. *d. L. Mævius, §. pen. de leg. 2.* † Enimvero cum 13
naturalis sit hæc divisio, ut res secetur in partes distinctas, ut cerni tangique possint: cur non hanc potius sequimur: præsertim ex qua sola partes possidere, et soli sibi habere liceat? quia ut utilitati sic voluntati dominorum, et eorum, qui partes rei habere volunt, quam maxime adversatur. Interest enim eorum partes habere rei integræ, easque quam maxime utiles; nec dubium est, quin tales sibi contingere expectant. Nulla autem res in partes certas et separatas dividi potest, quin aut amittatur, aut deterior fiat: certe ea divisione desinit esse, quæ prius fuerat. Animal si dividis, occidis: navem si secas, perdis; fundus etsi regionibus non incommode dividi potest, tamen ita divisus non est is, qui fuerat, sed pro uno duo esse incipiunt. *d. L. si quis duas §. 1. com. præ.* Ob eam caussam inventæ sunt et excogitatæ jure eæ parte quibus consuleretur dominis corporis cujusque: idest, quæ re integra manente, nihilominus tantundem fructus afferrent singulis, quantum separatæ, atque etiam amplius etsi hæ sine detrimento corporis prioris contingere potuissent. Hæc de dividendi ratione, deque divisionum partibus nunc de eo, quod harum divisionum unaquæque certis rebus tribuitur, videamus. In quo hæc spectanda sunt; primum quæ sint res in quas illos modos cadere dicat Julianus: et satisne illis rebus omnia genera rerum sit complexus; deinde sitne jus perpetuum, ut eæ res iis modis dividantur, non aliter. Postremo cum in dividendi ratione aliæ distinguantur ab aliis quæ sit hujus juris et distinctionis ratio; eum pariter in utroque genare res corporales, et quæ natura divisionem recipiant, proponantur. Res quas distinguit in hac quæstione sunt quas vocat species et genera. Verba, ut vulgo existimantur, notæ significationis, præsertim ut sunt exempla hujusloci quibus ad hæc indicanda Julianus utitur. Mihi autem in his esse videtur aliquid, quod monitore indigeat cum ad rationem verborum, tum etiam ad significationem ipsam: proinde de his pauca dicam. † Et de speciei verbo 14

convenit inter omnes, quod et verum est, speciem hoc loco a Juliano dici non id, quod est Dialectis *species*, sed quod illi vocant *individuum:* idest, corpus certum, rem unam aliquam ab aliis distinctam numero. Quæ et ipsa certa sit: idest, quæ aut suo nomine, aut alia demonstratione ita designetur, ut dici possit hanc illam esse, quæ designata est. Id Juliani exempla satis declarant. Hinc enim species duæ dicuntur Stichus et Pamphilus, certi videlicet homines; homo autem non species, sed genus. Huncque usum esse verbi apud auctores Juris non hoc loco tantum; sed et aliis multis observare possumus quoties de rebus præstandis agitur, et illi speciem nominant. Ut cum species dicitur legata: *L. talis, in fin. L. cum res, §. 1. supr. de leg.* 1. Cum dicitur promissa, ut hoc loco. In quo observandum est quid dicamus; non enim dicimus rem certam nostris *speciem* dici, quanquam et hoc verum est; sed hoc amplius dicimus, *speciei* verbo eum de rerum præstatione agitur, solum hanc rem significari quæ una, et certa sit; et eum absolute nominatur species, hoc verbo non aliud intelligi, quam certum corpus. Ex quo apparet propriam nostrorum esse hanc hujus verbi usurpationem: nam apud Dialecticos et alios auctores reperiuntur, pauci quidem, reperiuntur tamen. qui singulos hominis vocent: sed nulli adhuc sunt inventi, qui hoc verbum proprium rerum singularum et individuorum esse dicerent: nulli, qui cum species absolute nominatur, non intelligerent hoc verbo generaliter significari res generi alicui subiectas, sive eæ singulæ essent, sive universales. Ut puta, hoc verbo *omnes* dici intelligunt etiam substantiæ species, animatum et inanimatum; animalis species, hominem et brutum, non autem in genere hominum singulos tantum homines. Nostri vero; ut dixi, hoc verbo solum res singulas, cum de rerum præstatione agunt, sive verbum per se ponatur, ut in *d. L. talis, in fin. et d. L. cum res. §. 1. supr. de leg.* 1. sive opponatur verbo generis, ut hoc loco in *L. 2. supr. si cert. pet.* Hoc eo moneri oportet diligentius, ne usu aliorum probatorum auctorum communi decepti in jure definitionis propositæ erremus; simul ut nonnulla quasi novitate verbi permoti quæramus: quam recte nostri hoc verbo ita utantur. Nam si illi recte i videri possunt nostri non recte, qui ab illorum usu discesserint; et maxime Dialecticorum, quorum propria sunt ista, quæ disserunter de genere et specie, et a quibus in generibus rerum exprimendis hæc verba nata sunt. Et quocunque modo verbum speciei alii usurpent, semper hic tenebimus nostris constare hujus usus et appellationis rationem. Omnes enim concedunt speciem dictam esse *a specio* antiquo verbo, quod video et specto significat. Necesse est igitur eam rem significantissime et maxime proprie speciem dici, quæ verbi ejus, unde dicitur, vim et significationem quam maxime retinet: id autem fit, cum species dicitur res nobis ita exposita, ut spectari, tangique possit: quod in solis corporibus contingit, quæ certo nomine aut alio aliquo modo demonstrata sunt. Quid ergo, dicet aliquis, tam multi excellentes philosophi. tam multi ex omni genere probari auctores aut hoc non viderunt, aut hac ratione contempta aliter usurpare maluerunt? Imo vero et viderunt illi, et ne quis illorum auctoritatem in hujus verbi usu repudiet, eandem verbi notationem, eandem significationem in summa, quam nostri, secuti sunt, ut speciem et ipsi vocarent quod spectaretur in rebus. Sed in re inter nostros et illos hoc interest, quod nostri de commutationibus rerum et translationibus agentes, in quas res corporales et singulæ, non universales cadunt; dum instituto faciunt convenienter, speciem dixerunt, rem quæ spectaretur oculis, et tangeretur manu, non quæ intelligeretur animo. Dialectici autem dum res multas una communione naturæ complecti, et tanquam ponere ob oculos volunt, rem a sensibus corporis ad animum revocantes. speciem dicunt rem, quæ et ipsa spectetur quidem, sed animo; ea est forma et velut imago multarum rerum ratione quædam naturæ similium communis animo comprehensa, qua ad singulas res propius spectandas utimur, ut quemadmodum ipsa cernitur animo, sic et ex ea spectentur res singulæ, dum unaquæque earum nobis proposita, et ad notionem animo informatam tanquam ad exemplar quoddam translata, facile pro ea quæ ei communioni subiecta sit, agnoscitur. Sed de verbo speciei satis. † 13 Quod ad generis nomen attinet, diligenter animadvertendum est, non hic dici genus neque id quod Dialectici vocant genus superius, neque id quod vocant speciem infirmam, cum huic speciei individua subiiciunt in quo falli facile est; denique cum *genus* promissum esse, legatum esse præstandum esse dicitur: quod hic dicitur: *genus*, te ipsa nihil minus esse, quam genus. Sive enim hoc verbo accipimus tantum id quod in scholis vocant genus, ut animal: sive id etiam, que appellant speciem tantum, ut hominem, ut probati auctores omnes sine hæsitatione

loqui solent: certe utroque modo semper generis verbo verbum commune intelligitur ad multas res natura similes ita pertinens, ut eas etiam contineat: cujusmodi est homo. Hominis sive genus sive speciem malumus dicere, uno nomine omnes homines continet, et qui hominem dicit, significatione verbi omnes complectitur. Nec quisquam est apud Dialecticos, aut eos, qui ex proprietate verbi loqui volunt, qui unum hominem genus vocet. Multoque minus duo homines dicuntur duæ species, aut duo hominum genera: est enim omnium hominum *genus* unum, non duo aut plura. Genus est, quod homines continet; homines sunt, qui eo genere continentur: quæ ita sunt contraria, ut quod de uno dicitur, id in hac repugnantia naturæ de altero dici non possit. Nunc autem *genus* hic dicitur res una ex toto genere, Id enim *genus* hoc loco Juliano est homo, qui cum unus promittitur, dicitur *genus* in stipulatum deduci; cum plures dicuntur *genera* deduci. At cum homo generaliter promittitur, nihil amplius intelligitur promitti, quam unus ex omnibus. *L.* 2. §. 1. *supr. L. in executione*, §. *pro parte*, *infr. eod.* Quemadmodum et legato homine, unus homo continetur legato, eeque soluto tam liberatur heres, quam si num natim Stichus esset legatus. *L. eum incertus*, *supr. de legat.* 1. Sed et hic duo homines *duo genera* appellantur, ubi constat a Juliano duos homines distinctos intelligi, Neque alia generis significatio est apud Paulum in *L.* 2. *in princ. supr. si cert. pet* cum enim dicit in mutuo non eandem speciem reddi debere, sed idem genus: perspicuum est hoc eum non dicere, totum genus reddi debere, seu omnes summas eodem genere comprehensas: sed debere reddi unam quidem, verum non eandem illam numero, quæ data est, sed unam quæ sit ex eo genere. Ut appareat his locis, et generaliter quoties verbo generis Jurisconsulti res appellant, de quarum obligatione et præstatione agunt, toties hoc verbo significari rem unam ex toto genere ab aliis distinctam, designatam verbo generis. Nam quod Papinianus in *L. Mævius*, §. *duorum*, *supr. de leg.* 2. scribit hominis legatum orationis compendio singulos homines, id est, omnes singulos continere, sic accipiendum est; ut contineat non collectim, ut præstentur omnes; sed disjunctim, ut liceat unum aliquem præstare ex omnibus. Atqui res una ex genere citra controversiam non est genus, cum longe aliud sit, quod continet, aliud quod continetur; longe aliud totum, aliud pars; neque mutat naturam rerum si res una ex universo genere verbo generis appelletur. Cur igitur a nostris dicitur genus, cum non sit? nempe propter nomen generis, quod ei tribuitur; promittitur enim homo, non hic aut ille, sed homo generaliter et indefinite, sive sub appellatione generis. Ita hic genus dicitur non re, sed nomine tenus; genus, non quia sit, sed quia nomine generis utatur; ut perspicuum sit, non ex vero, sed ex abusu nominis genus a nostris hoc modo appellari. ✝ Ex quibus potest intelligi, si 16
quæratur, quid intersit hoc loco inter genus et speciem, non esse harum rerum differentiam ex multitudine et numero rerum metiendam, quasi genus sit, quod multas res continet: species res una ex multis, quæ sub eo genere contineantur. Numerum rerum si spectamus, inter hæc nihil interest: cum et generis et speciei verbo non plures res continentur, sed una dumtaxat; numerum si spectamus, interdum multo minus hominis stipulatio continet, quam Stichi; quia fieri potest, ut Stichus sit magni pretii; ex hominis autem generaliter promissi stipulatione electio est debitori, cui licebit vilem hominem eligere. Sed discrimen positum est, in designatione rerum: in incertitudine denique, aut in certitudine appellationis. Species est, res una ex genere; sed suo et proprio nomine appellata; et ideo certa. Genus res quidem una ex universo genere itidem ut species; sed designata verbo generis, et communi, proinde et incerta, ut est generale omne nomen et commune incertum; quis indefinitum. Quibus de vi verborum cognitis, cum aliam divisionem speciebus, aliam generibus tribuit hoc loco Julianus; apparet hoc eum dicere, ✝ cum de divisione stipulationis agitur, rebus 17
certis promissis, singula corpora dividi; rebus incertis, idest generaliter et indefinite promissis, singula corpora indivisa manere, ut ea unicuique ex creditoribus in numerum cedant, ut idem loquitur paulo post, idest, ad certum numerum divisa cuique acquirantur. ✝ Sed cum 18
duas hasce res tantum nominet Julianus, species et genera: videturne his duabus omnia esse complexus, quæ in stipulationem deducuntur, et de quorum divisione agi potest? Quid enim, si quantitas promissa sit, idest, id quod pondere, numero, aut mensura constet; ut decem aurei, decem modii tritici, decem amphoræ vini Campani? nam hic utriusque generis demonstrandi causa exemplis tantum certorum hominum, et hominum generaliter promissorum Julianus usus est: quantitatis nullam mentionem fecit. Quid, si plures operæ sint promissæ, res non in

dando, sed in faciendo consistentes? Et corpora omnia dubium non est his duobus sa is contineri, cum pariter subsistant omnia, et pariter aut certa sint, aut incerta. Nam de quantitate cur dubitetur? omnia enim haec: aurei, triticum, vinum, et similia, nomina sunt generis, idest, communia, ad infinitas aureorum, tritici, vini species pertinentia. Itaque et ad nomen generis hic referenda sunt: nec minus et ad definitionem de generibus hic traditam pertinent, de quibus in *L. cum Stichus. in fin. infr. de sol.* ab Ulpiano nominatim ita scriptum est: *sed in nummis, et oleo, ac frumento, et similibus, quæ communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio.* Sed cum omnia verbo generis contineantur, non fuit, cur ea tanquam tertium quoddam genus separatum ad definitionem Juliani adjiceremus. Eadem causa rei incorporalis, quæ divisionem recipiat: ut ususfructus duorum fundorum, quem aut duo ab eodem domino simul stipulantur, aut stipuletur servus communis. Ususfructus enim cum sit in corpore fundi, etiam ejus corporis divisionem sequitur, sive pro diviso fundus dividatur, sive pro indiviso. *L. 2. et L. 5. supr. de usuf.* Proinde ut erunt fundi certi, aut incerti, quorum ususfructus in stipulatum deductus erit, ita aut singulorum fundorum ususfructus pars cuique debebitur; aut unius fundi ususfructus uni cedet, alterius alteri: sic enim fit ut aut specierum ususfructus in stipulatum deductus intelligatur, aut generum. Quod si res facti in stipulatum deducta sit, ut plures, operæ, sic de eo genere agit Julianus, quasi ad species aut genera non pertineat, et ideo constituat tertium quoddam genus, cujus ratio separatim tractanda fuerit. Nam et de operarum stipulationis divisione separatim, agit; et de ea ita scribit, ut dicat generum stipulationi esse similem: nullum simile idem. Et certe proprie et species et genera dicuntur res, ut sunt ea, quæ de istorum verborum usu ante disseruimus: quo sensu facta etsi incerta, non sunt genera: proinde nec operæ. Facta enim res non sunt: quinimo hæc ab illis ut species contrariæ distinguuntur in *§. ult. Inst. eod.* Sed hoc recte dicitur, cum specialiter rei verbum usurpatur. Cæterum generaliter rei verbo continentur, et facta, et quidquid est, quod geritur in rebus humanis; præsertim cujus aliqua obligatio et præstatio est: ut non sit absurdum operas tot dierum vocare genera ex superiore definitione. Nam si operæ res sunt, sunt certe generaliter et indefinite promissæ, postquam dies generaliter nominati sunt, non hi aut illi dies, quorum præstarentur operæ. Quo fit, ut specierum et generum enumeratio satis et operas plures incertorum dierum, ac proinde res omnes sit complexa. Veruntamen ne quis de eo litigaret, an operæ tot dierum genera dicenda sint, maluit Julianus et de iis separatim præcipere. Interim de iis ita scribit, ut quamvis concesserit earum stipulationem non esse stipulationem generum; tamen dicat esse illi similem: ideoque divisionem hujus stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedere. Et recte operarum stipulationem illi alteri similem facit; nam ut in pluribus hominibus generaliter promissis; sic in operis accidit, ut plures res, certe plura facta generaliter et indefinite promittantur, ut dixi. Ex quo colligimus, quæcunque in stipulatum deducuntur, si re species aut genera non sunt, similitudine certe naturæ et rationis ad horum alterum referri: ut proinde et jure harum rerum contineantur.

† Jam videamus, quod in hac definitione secundo loco spectandum esse diximus, sitne hoc jus de divisione stipulationis exploratum, et perpetuum, ut in speciebus omnibus singulorum corporum debeantur partes; in generibus numero fiat divisio; est enim in utroque genere rerum, quod videatur posse dubitari. Et quidem inter species dubitationem mihi habere videtur certa summa, omneque corpus certum quod pondere, numero, mensurave constet. Finge promissam esse pecuniam, quæ in illa arca est: frumentum quod est in illo horreo; vinum quod est in illa apotheca. Convenit in his omnibus, ut certum corpus, ita et speciem contineri; sic enim diserte scriptum est in *L. talis. in fi. et L. cum res, §. 1. supr. de leg. 1.* Quid fiet igitur si duo sint stipulatoris heredes ex æquis partibus, et centum aurei in cista fuisse proponantur? absurdum sit omnino istam summam aliter inter eos dividi, quam ut singulis exsolvantur quinquaginta; idest, quam ut inter eos numero dividatur ea summa pro parte hereditaria: cum hæc divisio neutri noceat ulla in re, utrique summe prosit. Ut autem singuli aurei communes inter heredes fiant, non tam sit ipsis inutile, quam ridiculum: quoniam nihil sit in numeri divisione incommodi, quod metui debeat. Et vero ita certum corpus pecuniæ debitæ heredibus exsolvendum esse responsum est in pecunia in sacculo signato deposita, quam unus ex heredibus ejus, qui deposuit, repetitum venit, in *L. 1. §. si pecunia, supr. depo.* Atqui Julianus generaliter definit, cum species stipulamur, necesse

esse inter dominos et inter heredes ita dividi stipnlationem, ut partes corporum cuique debeantur. Ego si de divisione ipsius pecuniæ agatur, non aliter divisionem fieri posse aut debere concedo, quam numero, ut et commoditas promissoris, ac stipulatorum exigit, et confirmatur in *d. L.* 1. §. *si pecunia.* Sed hoc non efficit, quominus etiam in corpore certo, et specie pecuniæ vera sit Juliani definitio hoc loco, quam de stipulationis divisione ita scribit, non ut dicat partes corporum cuique præstari, sed deberi. Ita est: cum ad exsolutionem et divisionem nummorum ventum erit, quæ fit a Judice, centum in his quinquaginta inter duos heredes dividentur: quia aliter a Judice fieri commode non potest; interim ante singulorum nummorum partes cuique debebantur, juxta definitionem. Neque hoc sine fructu dicitur, partes singulorum nummorum cuique deberi, etsi in exsolutione et divisione singuli tantum ferant integra quinquaginta; pertinet enim hoc ad periculum nummorum inter heredes partiendum. Nam si proponantur quinquaginta ex illa cista vi ablata esse; ea utrique heredi, cui partes eorum debebantur, perierint, non uni dumtaxat. Sed cur, cum singulorum nummorum debeantur partes, non etiam illi ita solvantur, ut heredes habeant partes singulorum, fiantque nummi hoc modo communes: aut si placet numero solutionem fieri, cur non et ab initio placet ita fieri obligationis divisionem, ut sic aut obligationi solutio, aut solutioni obligatio respondeat? Puto ideo, quod cum certa corpora nummorum in stipulatum venerint, ratio stipulationis et obligationis postulet, ut singulorum corporum non solum debeantur partes, sed etiam solvantur; quod autem exsolutio ipsa aliter fit, præter naturam et subtilitatem obligationis receptum esse propter commoditatem divisionis,
21 et stipulatorum utilitatem. † Quid, si numero nominatim adjecto species in stipulatum deductæ sint; puta, duo Stichi promissi, aut duo Pamphili? Sunt, qui species ita promissas numero dividendas scribant. Sed Juliani definitio generalis est, eum species in stipulatum deducuntur, necesse esse partes corporum deberi; sunt autem species, non genera duo Stichi, non minus, quam Stichus et Pamphilus. Et certe ridiculum est, si duobus Stichis in medio positis, quos quis sibi stipulari velit, dicam interesse, utrum ita stipuletur, hunc et illum Stichum dabis: an hoc modo hos duos Stichos dabis? cum utraque oratione pariter duo Stichi demonstrentur. Nam quod Julianus ita scribit, veluti cum Stichum et Pamphilum quis stipulatus; exempli causa dictum est, ut apparet: cæterum ipsa definitio, cujus hoc exemplum proponitur, paulo ante generaliter est concepta. Quod si numerus duorum Stichorum adjectus, dissimilitudinem facit, dicendum fuit in divisione stipulationis non fuisse distinguendas species a generibus: sed stipulationes eas, quæ numerum rerum promissarum non exprimunt, ab iis quæ exprimunt: ut in illis partes corporum fiant, in his obligatio numero dividatur. Quod longe aliter factum videmus, nempe omnem hujus distinctionis rationem in eo positam esse, quod in stipulationibus alias species deducuntur, alias genera. Neque vero quidquam juvat istam sententiam ea ratio, qua conantur probare duobus Stichis promissis numero stipulationem dividi debere: quinimo eam maxime refellit. Ambigua, inquiunt, vox est *duo Stichi*: atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest; ergo duo Stichi non corpore dividendi sunt, sed numero: quia commodior est stipulatoribus numeri divisio. In hac ratione falsa omnia sumuntur, ut necesse sit contrariis antecedentibus positis contrarium etiam consequi. Ambigua vox est, *decem homines* apud Ulpianum in *d. L. cum Stichus, de sol.* sed decem homines, inquam, ubi generaliter homines promittuntur; quemadmodum *decem denarii*: genus enim incertum et ambiguum. Sed non ideo efficitur ambiguam vocem esse, *duos Stichos*: nihil enim ambigue aut obscure dicit qui certam speciem demonstrat: alioqui non esset certa stipulatio duorum Stichorum; omne enim ambiguum incertum: certa autem ea stipulatio: non ergo ambigua: *duo*, quidem *et decem*, ambiguæ voces sunt: sed *duo Stichi* non est vox ambigua. Veruntamen demus esse ambiguam non minus, quam illam, *decem homines*; non ideo tamen duorum Stichorum stipulatio dividenda numero, quia est ambigua: cum in ambiguo sermone etiam alterius modi dimidium possit accipi, ut scilicet singulorum corporum partes debeantur. Imo, inquiunt, in ambiguo numeri divisio potius accipienda est; quia commodior est promissori et stipulatoribus. Hoc in generibus vere dicitur, in duobus Stichis perspicue falsum est: in quibus uni assignare unum, et alterum alteri, sine manifesta injuria alterutrius non possumus, de quo paulo post plura. Itaque ut nihil sit aliud, tamen propter unam commoditatem stipulatorum maxime divisio numeri in duobus Stichis rejicienda est. Quid multa? in *d. L. cum Stichus, infr.*

de sol. ut est lectio tum vulgaris, tum Pandectarum Florentinarum, aperte scriptum est, quod in Sticho et Pamphilo promissis dictum erat, singulorum dimidium deberi, idem esse, *si quis aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisit.* Quo uno loco poteramus esse contenti, ne frustra in contraria sententia refellenda laboraremus. Sed illi locum emendandum putant, ut legatur negative, de qua emendatione, et toto eo loco paulo post dicemus. Rata est igitur Juliani definitio in speciebus, ut in his in stipulatum deductis, hoc ipso quod species sunt, necesse sit corporum partes deberi; et ut debentur, ita consequens est cuique præstari, præterquam in certo corpore nummorum, et similium rerum promisso, ut supra diximus. Idque evenit inter quoscunque stipulatio jure dividatur, idest, et inter
22 heredes, et inter plures stipulandi reos. †
De generibus, si hunc locum sequimur, nulla dubitatio, quin juxta definitionem Juliani in omnibus divisio fieri debeat numero, nam cum de his generalis ea definitio est: tum vero ad eam confirmandam exemplo duorum hominum promissorum Julianus utitur: quorum utrumque, cum præstabitur, certo corpore, et certa divisione natura constare oportet: constat autem homines non ex genere earum rerum, quæ pondere, numero, mensurave continentur. Ac de hominibus, et similibus rebus major dubitatio erat: nam si de iis quæritur, quæ quantitate constant, res est extra controversiam in his numero obligationem dividi: ut de his extat definitio Ulpiani diserte scripta in *d. L. cum Stichus, in fin. de soln.* Sed tamen de hominibus et similibus rebus generaliter promissis, ancipitem quæstionem fecit lectio recepta in *d. L. cum Stichus*:
23 ubi ita legitur: *Cum Stichus et Pamphilus communi servo promissi sunt, non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi potest, sed dimidiæ singulorum partes debentur:* hactenus sententia cum hoc loco consentiens. Sequitur: *Idemque est, si quis aut duos Stichos, aut duos Pamphilos dari promisit:* et hoc quoque cum definitione hujus loci, quæ est de speciebus, consentiens. Sequitur, quod dissidet: *aut communi duorum servo homines decem dare promisit: nam ambigua vox est, decem homines, quemadmodum decem denarii: atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest.* Quibus verbis hoc exprimitur decem hominibus generaliter promissis, non numero fieri divisionem obligationis, sed singulorum decem partes cuique ex stipulandi reis, aut cuique ex dominis deberi, itidem ut deberentur si Stichus et Pamphilus promissi essent, de quibus initio dixerat. Non laboraremus, si cum Accursio dicere liceret, decem homines hic intelligi debere decem homines certos, et specialiter designatos; sic enim vere diceretur et in duobus Stichis, et in decem Pamphilis idem esse, quod in Sticho et Pamphilo promissis. Sed nobis hoc dicere non licet, repugnantibus non solum verbis, sed etiam manifesta Ulpiani sententia. De decem hominibus promissis loquitur Ulpianus, non de decem certis. Homines promissos qui dicit, nec quidquàm adjicit, homines generaliter promissos dicere intelligitur; ut hoc loco Julianus, cum duos homines in stipulatum deductos proponit. Huc pertinet illud Papiniani, hominis legatum orationis compendio omnes homines continere quod non fit, nisi hominis verbo genus intelligitur. *L. Mævius, §. duorum, de leg.* 2. nec vero hominis appellatio alia est in stipulatione, alia est in stipulatione, alia in legato. Quod autem ad sententiam Ulpiani attinet, hæc in iis, quæ sequuntur, liquido se ostendit. Sic enim de decem hominibus loquitur, ut de decem denariis: imo hæc inter se comparat, et pariter utramque vocem ambiguam esse dicit. Denarii autem apud illum non intelliguntur certi, sed generaliter et indefinite promissi denarii. Deinde ambiguam vocem esse ait, *decem homines*: quomodo ambigua vox decem Pamphilorum, idest, decem certorum hominum? nisi quis dicat ambiguam vocem esse, decem: quod verum est. Sed *decem homines* dicit Ulpianus, non decem simpliciter. Tum aut, si decem homines certos intelligebat, cur non expressit, ut diceret decem Pamphilos esse promissos, ut prius dixerat duos Stichos, duos Pamphilos? Postremo hoc diligenter animadvertendum est, si decem homines ille intellexit certos, otiosam esse hanc et nugatoriam de decem hominibus adjectionem: satis enim jam prius de duobus Stichis et de duobus Pamphilis expresserat: de quibus si intelligeretur quid esset juris non esset metuendum, ne quisquam aliud in decem Pamphilis certis et ipsis hominibus esse existimaret. Quod si decem homines, certos homines Ulpianus intelligit, et in his etiam singulorum hominum partes cuique ex dominis deberi ait; non autem numero fieri divisionem: perspicuum est hoc eum dicere quod Juliani sententiæ hoc loco traditæ plane adversetur. Nihil enim ad rem pertinet, quod quidam tentant efficere, quod superius illud scripsit Ulpianus de decem hominibus servo com-

muoi promissis: quasi aliud juris sit in decem hominibus alii promissis, quam servo commuoi. Nam et Julianus hoc loco duobus hominibus promissis ait numero fieri divisionem, non solum inter dominos servi communis, sed etiam ioter heredes ejus, qui sibi decem homines sit stipulatus. Et vero ita est, ut puguet unus locus cum altero, si vera est lectio *d. L. cum Stichus*, quam supra retulimus, ut legamus, *Idemque est, si quis*. Sed hoc aote omnia statuendum est, eam lectionem defendi non posse. Ad quod probandum si hoc argumento solum uterer, quod contrarium hoc loco Julianus scripsit, ineptus essem: non enim si contrariæ horum locorum sententiæ sunt, ideo Ulpianus non ita scripsit, ut in *d. L. cum Stichus*, vulgo legitur: potuit enim a Juliano dissentire. Sed ipse contextus Ulpiani abunde eam lectionem falsam esse, nec unquam Ulpiani fuisse ostendit; utpote admissa ea sententia quæ repudietur inferioribus Ulpiani verbis: neque id solum, sed etiam quæ sit ejusmodi, ut ei non modo non conveniat subiecta ratio, sed adversus eam maxime facere intelligatur. Inferiora verba sunt hæc; *sed in nummis, et oleo, ac frumento, et similibus, quæ communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio.* Fit ergo numero divisio etiam in iis rebus, quæ communi specie continentur. Quid est species communis, nisi genus? opponitur enim communis privatæ et singulari, diciturque communis ea, quæ multas res sub se continens, ad eas omnes pariter et communiter pertinet: ut, homo species est communis omnium hominum; quia continet omnes singulos homines, qui ubique sunt, ejusque appellatio communiter et ex æquo ad omnes pertinet. Stichus autem et Pamphilus, et omnino singuli quotquot sont; hominis speciem quidem habent, sed suam et propriam: communem certe non habent. Singuli species dici possunt: communis species dici non possunt: Idemque de cæteris rebus omnibus singulis dicendum est. Quid est autem communi specie contineri apud Ulpianum? non utique contineri sub specie communi, seu ejus partem esse, eique ut partem subjici: quomodo dicuntur singuli homines orationis compendio verbo hominis contineri; nam ista ratione etiam singulis hominibus certo et specialiter designatis promissis semper numero fieret divisio: quia etiam hi sub genere continentur: quod et falsum est, et Ulpianus initio ejus capitis negat. Sed communis species hoc loco posita est pro verbo communis speciei seu pro verbo generis; ut supra docuimus genus dici, quod habet appellationem generis, seu quod generis nomine appellatur. Contineri autem eo verbo dictum est ab Ulpiano, ut sit, ita comprehendi, ut intra eam appellationem contineatur. Ut in summa *contineri communi specie* dicantur Ulpiano, quæ appellantur nomine generis, et intra eam appellationem consistunt. Sunt, qui his verbis interpretentur eas res, quæ pondere, numero, mensurave constant præter eas, quas Ulpianus ex eo genere specialiter enumeraverat; quia dicit et *similibus*. Et sunt sane hæ omnes hujusmodi, quæ et sub specie communi contineantur, et quæ exprimantur sub appellatione generis: sed non solæ: habent enim et cæteræ res omnes communem speciem suam, et commune genus: atque eo re ipsa continentur, ita et ejus nomine appellari ac designari possunt. Ita superioribus verbis hoc exprimitur, non solum in reliquis rebus quæ quantitate constant, sed in universum in omnibus generibus, seu iis rebus, quæ generaliter et communis speciei verbo appellentur, numero fieri divisionem; id quod, si superior lectio vera est, prius Ulpianus negaverat. Jam vero si ex ea lectione definit, decem hominibus generaliter promissis, corporum singulorum partes deberi: qualis est ea ratio, qua ad id confirmandum utitur? plane nugatoria, et quæ ipsum oppugnat potius. Non enim si ambigua vox est *decem homines*, et ejus rei dimidium duobus modis accipi potest, ut ipse dicit: ideo confectum est, eo modo potius debuisse stipulationem dividi, quo dicit, quam altero: prius enim doceret id interpretationi ambiguæ orationis convenire, quod longe secus est. Id enim in ambigua stipulatione sumi debet, quod actum et cogitatum est. *L. eum, qui Calendis. supr. eod. L. ubi. L. cum in testamento, supr. de rebus dub.* Atque id actum esse intelligitur, ut fiat quod commodius promissori stipulatoribusque est. *d. L. cum Stichus, in fin.* hæc enim mens est contrahentium, ut sibi quam maxime consultum velint. Proinde quod ambigua vox est *decem homines*, hoc uno maxime argumento efficitur, stipulationem decem hominum dividi numero debuisse. Hæc enim divisio contrahentibus commodior. ut idem *sad. L.* scribit in extremo. Hæc ita esse nec viri docti diffitentur; sed morbum vident plerique, restitutionem quærunt; quam dum non satis idoneam reperiunt, manentes in vetere lectione malunt ex ea rem expedire, ut possunt, quam id tentare, quo invento fortasse reponant deterius. Sunt tamen qui id tentarint, et negationem, quæ in Pande-

etis Florentinis initio *d. L. cum Stichus*, redundabat (quod declaratur semicirculis, quibus illa inclusa est) ita loco in quo stare nun potest, movendam putent, ut ad verba proxima *idemque erit*, transferatur, ne sit otiosa; itaque sic locum restituunt, *Idemque non erit, si quis;* ut his verbis hoc statuatur, in subiectis omnibus exemplis numero fieri divisionem. Laudanda negationis retentio et translatio, si hanc locus admitteret; sic enim fieret, quod frugi patribusfamil. accidit, ne quid ex iis quæ parta sunt, deperiret. Sed quominus ea recipiatur, et ratio recti sermonis, et sententiæ conditio palam reclamat. Primum si contrariam sententiam subjicere vellet Ulpianus, adversativa particula uteretur, aut nulla. Certe non uteretur conjunctiva; cui tunc solum locus est, cum volumus conjungere similes casus, similesque sententias. Itaque ita diceret, *Sed non idem est, si quis:* vel, Idem non est, si quis. Nunc autem hanc lectionem esse volumus, *Idemque non est, si quis:* quo modo scribi adversanti sententiæ omnino non convenit: hoc in ratione sermonis. Quod ad sententiam attinet, consideremus, quænam sit, quæ ex hac restitutione inducitur: nempe qua unum incommodum vitantes incidimus in alterum, quod non minus caveri oportebat: quod periculum in lectione affirmativa contrario modo metuebatur. Etenim ex hac negatione hoc constituitur, corporum partes non deberi ut prius, sed numero rerum fieri divisionem, non solum tunc, cum decem homines promissi sunt, quod verum est, et cum definitione hujus loci convenit; sed etiam tunc cum quis duos Stichos aut duos Pamphilos dare promisit. Quod posterius eum per se falsum est, atque hoc loco Juliani satis refellitur; tum vero ipsi Ulpiano id dicere non licet. Cur enim in eo aliud statuamus, quam tunc cum Stichus et Pamphilus promissi sunt, in quibus prius dixerat corporum partes deberi, ratio reddi non potest. Sed hanc sententiam jam supra satis refutavi, cum de divisione specierum agerem. Quapropter nihilo plus ex hac lectione negativa consequimur ad horum locorum explicationem, quam ex vulgari affirmativa. Atqui alterutram esse necesse est, dixerit quispiam. Ita est, si legimus, *Idemque*, ut vulgo legitur. Sed si pro his verbis legimus, *Idemne est*, ut locus efferatur per interrogationem; unius literæ non tam mutatione quam inversione, n in n, et alterius detractione, quæ facile potuit irrepere apud eos, qui n legerent, nempe q, hoc assequemur, ut res sit expedita. Cum enim statuetur ea sententia, quæ per se verissima est, ac per omnia et in speciebus, et in generibus respondet huic loco: tum sequentia omnia apud Ulpianum mirifice cum principio consentient, et ipsa inter se cohærebunt, nec minus quo spectent, intelligetur. Est autem hæc sententia: cum statuisset Ulpianus, Sticho et Pamphilo promissis, dimidias singulorum partes cuique dominorum deberi: quærit, an et tunc idem sit, cum quis duos Stichos, aut duos Pamphilos dare promisit, aut cum promisit decem homines: et rationem adjicit, non cur putet idem dicendum esse; sed cur quærat, an in his idem dicendum sit, quod Sticho et Pamphilo promissis: *nam* inquit, *ambigua vox est decem homines;* atque *utriusque rei*, id est, tam duorum Stichorum, aut duorum Pamphilorum, quam decem hominum *dimidium duobus modis intelligi potest:* nempe aut singulorum dimidium, aut ipsorum duorum vel decem, idest, hujus numeri dimidium. Quæ dubitationis ratio facit, ut non statim idem dici debeat in his duobus, de quibus quæsiit, quod tunc, cum Stichus et Pamphilus conjunctim promissi sunt: ubi nulla est numeri adjectio, quæ ambiguitatem pariat. Respondet hoc modo; *sed in nummis et oleo, et similibus, quæ communi specie continentur*, idest, quæ intra generis nomen consistunt, denique quæ genera sunt, non species, *apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio:* quasi ita diceret: sed nummi, idest, soli nummi, et similia quæ generaliter et indefinite promittuntur, ea sunt in quibus propter ambiguitatem superiorem recte dixeris non idem esse, quod Sticho et Pamphilo promissis: sed numero in his faciendam esse divisionem: quia id actum est; et ideo actum, quia in his obligationem ita dividi, commodius est et promissori et stipulatoribus: cæterum duobus Stichis promissis, aut duobus Pamphilis, qui non communi specie, sed privata et singulari constant, non efficiet ea dubitationis ratio, quominus in his idem dicendum sit, quod in Sticho et Pamphilo diximus, ut in omnibus, quia species promissæ sunt, singulorum partes cuique ex creditoribus debeantur: contraria videlicet de caussa, quia non sit aliter commodum stipulatoribus, de quo postea suo loco. Quæ interpretatio declarat, quod dixi, quam sint in hac lectione omnia expedita cum ad explicationem verborum Ulpiani in *dict. L. cum Stichus;* tum ad eam sententiam per omnia confirmandam, quæ hoc loco de divisione specierum et generum tradita est. Itaque etsi ex ea nihil

aliud esset commodi, quam quod verbis conveniens, sententiam Ulpiani omni reprehensione liberat, locos juris alioqui manifeste contrarios quam optime conciliat: tamen ea commoditas non videtur fuisse amittenda. Sed quoniam dici potest mutare nos veterem et receptam scripturam, quod fieri temere non debeat: facilem cuivis esse hanc expediendi sui rationem, cum aliud non habeat, quod dicat; dicere locum esse corruptum, et reponere id quod videatur commodum ad effugiendum: periculosam esse hanc locorum mutationem, qua fiat, ut in libris publicæ auctoritatis et fidei nihil certi habeatur: docebo sic hanc lectionem convenire responso Ulpiani, ut alia non possit: breviter ita, ut ex contextu appareat non aliter scripsisse Ulpianum. Mitto veritatem et certitudinem sententiæ, quæ ex hac lectione efficitur: de contextu loquor. Ajo duo esse in contextu, quæ plane convincant in illis verbis, *Idemque est*, non affirmare Ulpianum in subjectis exemplis idem esse, aut non esse quod esse prius dixerat de divisione singulorum corporum Sticho et Pamphilo promissis; sed solum hoc in quæstione ponere, an idem sit. Duo hæc sunt, ratio quam subjicit in illis verbis, *nam ambigua vox est;* et id quod in extremo definit de iis dividendis, quæ communi specie continentur. Illis verbis, *nam ambigua vox est decem homines, quemadmodum decem denarii*, ea ratio exprimitur, quam constet ejusmodi affirmationi aut negationi probandæ convenire non posse. Fingamus enim orationem affirmativam præcedere, ut est lectio vulgaris, qua statuat et duobus Stichis promissis, et promissis decem hominibus corporum partes deberi, ut tunc cum Stichus et Pamphilus promissi sunt; non potest nisi ridicule ad id probandum illa ratio adhiberi: non enim si ambigua vox est *decem homines*, idcirco consequens est, promissis decem hominibus, corporum divisionem esse admittendam; sed contrarium potius efficitur, ut supra ostendi. Fingamus præcedere orationem negativam, ut idem non esse dicat in subjectis exemplis, puta, in duobus Stichis, vel duobus Pamphilis, aut decem hominibus promissis: sed velit in his numero fieri divisionem: nihilo rectius hoc ita in duobus Stichis promissis faciendam esse ex eo colligetur, quod dicatur vox esse ambigua, *duo Stichi*, aut duo Pamphili: sed potius hoc in contrarium valere supra quoque ostendi. Proinde, ut dixi, neque affirmationi, neque negationi ulli præcedenti ulli præcedenti hæc ratio congruit. At congruit optime interrogationi: ut sit ratio caussam explicans, cur dubitetur, an in exemplis propositis idem dicendum sit, quod tunc cum Stichus et Pamphilus promissi sunt. Nam si in illis ambigua vox est, *duo Stichi, decem homines;* est, cur existimetur non idem in iis esse dicendum; quod, Sticho et Pamphilo promissis: quia hi numerus non adjicitur, eoque nihil ambigui habet ea oratio in ratione dividendæ stipulationis: ex quo istorum exemplorum dissimilitudo. Jam definitio illa extrema, qua Ulpianus definit numero dividi obligationem in iis quæ specie communi continentur, nonne evidenter arguit nihil illum prius aut de duobus Stichis, vel duobus Pamphilis, aut de decem hominibus generaliter promissis affirmare, in utramvis partem? Sane quam evidentissime; etenim his verbis, ut dixi, significat numero divisionem fieri in iis, quæ communi verbo speciei seu generis comprehenduntur, et appellantur. Neque enim ea verba ad eas solum species, quæ pondere, numero, mensurave constant, pertinere possunt: cum non magis ista communem speciem habeant, aut ea contineantur, quocunque modo hoc *contineri* libet interpretari; quam res omnes aliæ, quæ et ipsæ suum genus, suam speciem communem habent, de quo ante satis multa dixi. Et quamvis quis ea verba de iis tantum accipiat, quæ quantitate constant, tamen res eandem vim habitura est; huc enim redibit, ut et genera reliqua eadem definitione contineri oporteat; propterea quod ex aliorum generum eadem ratio est in numeri divisione, ut postea dicetur. Significat igitur, ut dixi, illis verbis in generibus, quas communes species vocat, numero fieri divisionem. Et dum in generibus id fieri definit, tacite in speciebus idem fieri negat: alioqui male definitionem ad ea tantum conferret, quæ *communi specie continentur*. Hoc posito, fieri non potest, quin postrema hac definitione evertat aliquid eorum quæ prius statuerat de duobus Stichis, aut de decem hominibus promissis: si modo de his prius aliquid statuerat; idque ita est, sive affirmando statuit, sive negando. Nam si ex lectione affirmativa, *Idemque est*, dixit in his corporum partes deberi, falsum id esse reperietur in decem hominibus ex definitione inferiore. Sin ex lectione negativa dixit in his non idem esse, sed in omnibus numero fieri divisionem; falsum id quoque reperietur in duobus Stichis ex sententia ejusdem definitionis. Si enim numero dividitur obligatio in iis tantum, quæ communi specie continentur, necesse est non dividi

hoc modo in duobus Stichis aut duobus Pamphilis, qui privata specie continetur, et sua, non communi. Nemo autem dicet Ulpianum in tam brevi responso tribus tantum interjectis verbis pugnantia secum scripsisse, et mutasse imprudenter, quæ prius affirmarat: quod non esset sani hominis. Proinde nihil neque de generibus, neque de duobus Stichis aut duobus Pamphilis prius quidquam affirmavit. Ex quo relinquitur eum et de duobus Stichis, et de decem hominibus quæstionem tantum posuisse per interrogationem, adjuncta tamen dubitationis ratione ad hanc quæstionem respondere, eum per adversativam, eamque decidere in illis verbis, *sed in nummis*, ad eam sententiam posita statuitur generalis definitio de dividendis generibus eadem, quæ hoc loco a Juliano; nempe quæ sit perpetua in omnibus, ut in his dividatur obligatio numero. Atque hæc ita statuitur in generibus, ut simul contraria in specierum divisione relinquatur: Ita fit, quod quærimus, ut Ulpiani disputatio et sententia in *d. L. cum Stichus*, eum sententia Juliani atque hoc loco omni ex parte
24 consentiat. ✝ Illud in generibus diligenter notandum est: quod dicitur in his numero stipulationem dividi, ubique de pluribus generibus dictum esse: non de uno, consulto: ut intelligeremus plura hanc divisionem admittere: unum nequaquam. Quod non tam jure efficitur, quam natura: ut enim dividatur quid numero, prius numerum esse oportet: numerus autem nisi in plures res non cadit. Unitas numerus non est, sed initium numeri. Hinc Julianus hoc loco cum de pluribus dividendæ stipulationis modis ageret, consulto definitionem concepit de speciebus, et generibus numero plurali. *In stipulationibus*, inquit, *alias species, alias genera deducuntur: et cum species stipulamur:* et mox, *quoties autem genera stipulamur:* idemque earum rerum exempla proponens semper plurium hominum promissorum exemplis usus est: non quod unum corpus non posset dividi, sive id certum, sive generaliter promissum esset: sed quod non posset, nisi uno modo, nempe in partes ejusdem corporis: ipse autem de pluribus dividendi modis tractationem instituisset; quorum capaces essent natura res omnes plures, quæ modo singulæ divisionem reciperent; Hinc est etiam, quod idem cum de pluribus operis scripsisset, eas numero dividi, hoc ad unam operam non pertinere subjecit: sed ait necesse esse partem ejus operæ cuique ex creditoribus deberi, ut et de partibus cujusque speciei prius scripserat. Solum hoc inter rem corporalem unam, et unum operam interesse docet, quod corpus quamvis generaliter promissum: pro parte indivisa deberi et exsolvi potest, quia natura divisionem recipit: *L. 2. §. 1. et §. ex his. supr. eod.* opera autem una, utpote indivisa natura, pro parte quidem peti potest, ut petitio ad æstimationis partis solutionem referatur; solvi autem pro parte non potest: ut proinde necesse sit aut hujus solvi æstimationem, aut eam duobus patronis si consentient, communiter edi. Quare sit jam hæc summa de eo quod secundo loco quærebatur, perpetuum jus esse, quod de divisione tum specierum, tum generum hic Julianus tradit, ut in speciebus omnibus singulorum corporum servetur divisio: in generibus semper res numero dividatur; in quibus tamen numeri divisio natura esse possit; quod fit, cum plura genera sunt promissa.

✝ Hac dividendæ stipulationis ratione pro 25
distinctione rerum constituta, superest, ut cognoscamus, quæ fuerit ratio veteribus hujus distinctionis introducendæ. Neque enim ulla necessitas naturæ est, quæ hic cogat species aut genere uno potius modo dividi, quam altero: enim et duobus Stichis promissis, et promissis generaliter decem hominibus rerum præstandarum conditio utramque admittat divisionem. Sed in æquitatis et juris ratione distinctio posita est tota; cum etsi natura aliud ferat; tamen placeat rectum esse hoc aut illo modo tantum stipulationem dividi. Quæritur igitur quænam hæc sit æquitatis aut utilitatis ratio. Quæstio non ita fortasse omnibus expedita: nam quod Accursius hoc loco scribit eo fieri, quia aliter statui non possit sine alterius captione, in speciebus recte dicitur; ad genera non pertinet. Non enim si decem hominibus generaliter promissis, mortuo stipulatore decem omnes duobus heredibus stipulatoris ita solvantur, ut singuli singulorum corporum partem habeant, ideo tamen alteri fiat injuria: alioqui ne in pluribus quidem speciebus promissis diceretur hæc divisio injuria carere. Sed nec in speciebus videtur satis rem explicasse, si quis dixerit æquitatis rationem facere, ut corporum partes debeantur. Julianus enim hoc loco non dicit æquum esse has partes corporum cuique deberi, sed necesse esse: inter quæ multum interest: cum altero significetur fieri quidem posse aliter, sed non debere: altero ne fieri quidem aliter posse. Quare non erit inutile et de hac parte nonnihil dicere; ac primum de specierum divisione. Recte Julianus, cum species stipulamur, sic inter dominos et heredes stipula-

tionem dividi ait, ut necesse sit corporum partes cuique deberi; hoc enim scribit ex conditione quæstionis propositæ. Prius hoc sumit pro confesso, esse aliquos, inter quos stipulatio dividi debeat. Quæritur inter quos dividi debet, quomodo debeat. Respondet ex hypothesi, si species promissæ sunt, et stipulatio dividi debet, consequens esse partes corporum cuique deberi, non quia æquum sit, sed quia ad divisionem faciendum sit necesse. Id facit natura divisionis, et rerum de quibus agitur. Divisio non est divisio non ex ea onus tantum accipiat, quantum alter; aut per omnia, si rem ex æquis partibus inter aliquos jus dividi jubet: aut pro portione, si jus vult dividi ex inæqualibus partibus quales plerunque esse solent dominicæ, et hereditariæ. Porro in speciebus, si numero stipulationem dividimus rerum natura non recipit eam divisionem, quam diximus. Sic enim sunt species, ut fere nunquam idem præstent: sed aut una aliis sit malior, et pretiosior, aut uni commodior et aptior; ex quo eveniet, ut si uni unam assignemus, alteri alteram, aperte unius plus, minusve consequatur, quam alter; quod est contra eam divisionis naturam et legem, quam jus exigit. Necesse igitur alteram dividendi rationem admitti, si istam divisionis legem servari volumus: nempe ut singulorum corporum partes cuique debeantor. Hæc divisionis forma eam æqualitatem præstabit, quam quærimus; qualescunque enim reserunt singulæ, sive pares, sive impares semper ii, inter quos divisionem fieri oportet, commoda et incommoda cujusque rei ea divisione inter se partientur. Hæc ratio ostendit verum esse quod supra diximus non solum necesse esse species hoc modo dividi, cum Stichus et Pamphilus promissi sunt: sed etiam cum duo Stichi hoc modo, duos illos Stichos dabis? numerus enim expressus non facit, quominus species promissæ sint; neque prohibebit divisionis injuriam, si numero stipulatio dividetur. Eadem ratio ostendit etiam in certo corpore pecuniæ promisso, recte diei ab initio corporum partes deberi, ut sit periculum singulorum inter eos commune, ad quos ea stipulatio pertinet. Hæc de specierum divisione generum paulo dubitatio major: nam hæc ipsa ratio, qua in speciebus modo fieri diximus, ut corporum debeantur partes, itidem exigere videtur in generibus, ut et in his eadem dividendi ratio servetur. Quid enim? an in his minus præstatur partium æqualitas corporum divisione? imo eodem modo. Ut puta, decem homines promissi sunt: hi ita solvuntur a promissore duobus stipulatoris heredibus, ut quisque singulorum hominum dimidium habeat. Palam est hanc divisionem hoc efficere, ut quæcunque erunt commoda aut incommoda aut incommoda in singulis hominibus, ea ex æquo ad singulos heredes perveniant; nihilo certo minus, quam si decem Stichi promissi hoc modo inter eos divisi essent. Qui fit ergo ut hæc quoque non recipiatur in generibus, postquam divisione hanc æqualitem partium quærimus? quia numeri divisio in generibus commodior est et promissori et stipulatoribus, ut est apud Ulpianum in *d. L. cum Stichus, in fin. de sol.* Nam præterquam quod hane ipsam æqualitatem præstat, quæ jure ex divisione esse debet, quamqua affert divisio corporum; etiam hoc tribuit, ut divisæ et separatæ partes habeantur propter quam commoditatem sola in his recepta est. Jam primum hoc statui debet cum ex decem hominibus generaliter promissis uni heredum quinque præstantur, alteri alii quinque, cum ex æquis partibus heredes essent: hic neutri injuriam fieri, sed tantum quemque consequi, quantum eos ex ea stipulatione pro parte consequi oportuit; qualescunque tandem sint homines, quos singulis promissor exsolverit. Ex hac enim stipulatione eum promissoris electio sit, minimi pretii homines debentur. Itaque si tales omni ex parte promissor præstat singulis, habent illi ex æquo quod ex stipulatione debebatur. Sin dat uni pretiosiores, non ideo tamen hæc inæqualis stipulationis divisio est: quia quatenus tales sunt in eo nihil fit ex stipulatione; quod enim amplius est, ideo præstat promissor, quia vul', non quis obligatione cogebatur ut nihil sit omnino. quod quæratur alter ex heredibus, quasi d... riores arripiendo minus consequatur, quam illi debebatur: cum nihil deberetur amplius. Ex quo apparet non in oleo tantum, vino, frumento, et omnibus iis quæ pondere, numero, mensurave constant, de quibus aperte scriptum est in *L. cum Stichus de sol.* recte receptam esse hanc divisionem, ut numero fiat divisio: quoniam constet has in suo genere functionem recipere, ut quæ in pari quantitate tantundem præstent, *L. 1. §. supr. si cer. pet.* sed etiam recte receptam in cæteris rebus quæ si singulæ spectentur, dissimiles sunt, neque, idem valent; si modo generaliter sint promissæ, quoniam in utroque genere divisio numerari pariter injuria careat. Sed non est satis in proposito hoc dici, numeri divisionem in generibus non minus carere injuria, quam divisionem corporum.

Hæc enim ratio efficere potest, ut pariter admitti debeat, nec quidquam intersit, utro ex his modis stipulatio generum dividatur; ut autem solum eam in bis receptam esse convenit, ac cur sola recepta sit, quærimus. Hoc est igitur, quod in generibus in numeri divisione amplius esse dicimus quam in divisione corporum, quamobrem illa in boc genere sola sit recepta, quod partes divisas et discretas, easdemque rerum inte-
26 grarum partes cuique tribuit. † In quo duo sunt commoda: unum, quod cuique heredum partem suam sibi privatim habere, ea uti frui pro arbitrio liceat sine interpellatione cujusquam. Alterum, quod res a communione recedens effugit ea incommoda, quæ communio afferre consuevit: discordias, quas materia communionis solet excitare: *L. cum pater*, §. *dulcissimis*, *supr. de leg.* 2. obligationem earum rerum, quas socius socio in rerum communium administratione præstare cogitur. *L.* 3. *supr. pro soc. L. heredes* §. *non tantum*, *infr. fa. er.* Fatendum quidem est, etsi in dividenda stipulationem hæc distinctio rerum non indicatur, quam affert numeri divisio, sed solum corporum partes fiant, quæ sunt indivisæ: tamen nihil fieri in eo præter naturam divisionis: imo vero tunc maxime stipulationem, dividi, cum res singulæ stipulatione comprehensæ dividuntur: quo fit, ut nec dici possit necesse esse ad dividendam generum stipulationem numero stipulationem dividi. Unde observandum est Julianum hoc loco, cum in speciebus bis dixisset necesse esse partes corporum deberi; nusquam tamen in generibus necessitatis verbo esse usum; sed tantum dixisse, cum genera stipulamur, numero dividi obligationem. Sed etsi ad divisionem faciendam non est necesse stipulationem ita dividi: est tamen ad utilitatem promissoris et stipulantium commodius potius sequenda quasi in re quæ ad utilitatem et sensum contrahentium pertineat, id ab illis actum intelligatur. Quorum utrumque complexus est Ulpianus in *d. L. cum Stichus*, *in fin. de sol.* his verbis, *in nummis et olea ac frumento et similibus quæ communi specie continentur, apparet id actum, ut numero dividatur obligatio, quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est*. In his ergo numero dividitur obligatio, quia actum est: et ideo actum, quia contrahentibus commodius

Ad L. *Cum quis sibi aut Titio* 55.

Idem *libro XXXVI. Digestorum.*

Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus est: soli Titio, non etiam successoribus ejus recte solvitur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio, Mihi aut Titio dari, quatenus admittatur.*
2. *Adjectio diversæ rei aut diversi temporis quid efficiat, remissive.*
3. *Stipulationis superioris vis, et quid stipulatori, et quid Titio adjecto tribuat.*
4. *In stipulatione ejusmodi quid promissori tribuatur; et an ut solvendo, sic aliis modis satisfaciendo Titio liberetur.*
5. *Solvendi facultas personam adjecti, an egrediatur.*
6. *Adjecti statu mutato, facultas ei solvendi an intercidat: ubi et princ.* L. cum quis, infr. de solut. *explicatur.*
7. L. Stichum. §. usumfr. infr. de sol, *exponitur.*
8. *Adjecti conditio, ut qui servus aut pupillus fit, ad solutionem promissori nihil obstat.*
9. *Stipulatoris mutata voluntas, an promissori solventi adjecto ad liberationem officiat.*
10. *Promissor stipulatorem sæpius interpellantem frustrando, an facultatem adjecto solvendi amittat.*
11. *Adjecto solvendi potestas novatione et quavis conventione etiam extra judicium interposita intercidit.*

1 Quod vetat regula juris, alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Cæterum ubi acquiratur stipulatori ipsi, aut acquiratur etiam promissori, quominus stipulemur alteri, regula non est impedimento; ut suo loco docuimus ad §. *alteri, L. stipulatio ista. supr. eod.* Hinc illa, ut dixi, stipulatio recepta, mihi, aut Titio decem dare spondes: quia fiat videlicet non ut Titio acquiratur quidquam, sed ut promissor, cum mihi obligetur soli, tamen possit Titio solvere, eoque facto liberetur. Ea admissa, duo quæsita sunt; primum, quatenus admitteretur: deinde recte constituta quam vim haberet. Prius hujusmodi est mihi aut Titio dari recte me stipulari constat, cum idem Titio, quod mihi stipulor
2 et eodem tempore, eademque conditione. † At quid, si ita, stipuler, mihi Stichum aut Titio decem dare spondes? aut quid, si diversa tempore designem in utramque personam: veluti, mihi Calendis Januariis, aut Titio Calendis Februariis dare spondes, aut contra? Hæc quæstio cum sit tractata in *L. ult. §. ult. infr.* ejus explicationem in eum locum
3 rejiciemus. † De vi hujus stipulationis quæ altera quæstio est, multa sparsim tradita legimus cum sub hoc titulo, tum maxime sub titulo de solutionibus, infra, ex quo genere est hoc fragmentum. Quia vero hic locus de ea primus se dat, et hujus argumenti quæstio est; dicam semel hoc loco quam brevissime potero, quæ ad eam partem pertinent. Id ita fiet commodissime, si spectabimus, quid hæc stipulatio stipulatori ipsi tribuat, quid Titio adjecto, quid promissori: tot enim sunt, ad quos ea potest pertinere. Ac de stipulatore dubitari non debet, quin huic decem promissa debeantur, et debeantur solida, non pars dumtaxat; potuit enim is stipulari sibi, quod jus omnibus concedit; et ut potuit, ita stipulatus est. Nec vero quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur: divideretur si conjunctim stipulatus esset sibi, et Titio, ut initio *L. seq.* dicetur: nunc autem aperte solida decem utrique stipulatur, qui stipulatur disjunctim sibi, aut Titio. *Ergo* stipulatori obligatio totius rei in stipulatum deductæ acquiritur citra dubitationem. §. *plane, Instit. de inutilib. stipulation.* Quid Titio? huic nihil debetur: utpote cui jure nihil potuerit acquiri prohibente regula juris. Itaque quæcumque dicemus de iis quibus nihil debetur, cum jure principali

obligationis, tum in accessionibus, hæc in Titium conveniunt omnia. Scilicet quod in stipulatum deductum est, petere non potest. *L. sed etsi, supr. de pec. const. L. quod stipulatus*, 10. *infr. de sol.* promissorem ullo suo facto liberare non potest. *d. L.* 10. *de sol.* non pecunia ei suo nomine potest constitui: *d. L. sed etsi. de pec. con.* non fidejussor obligari: *L. fidejussor obligari, infr. de fidejus.* non pignus dari. *L. is, qui, supr. de pign.* Sed cujus rei obligatio et petitio illi acquiri non potest jure, hæc illi a promissore ultro solvi potest; quia jus non prohibet. Quo factum est, ut, Titii persona interposita, id relictum sit in hujus persona, quod jure fieri poterat, ut scilicet ex conventione ei solvi posset. *d. §. plane, de inutilib. stipulationib. d. L. sed. etsi, de pec. cons. dict. L. fidejussor, de fidejuss.* Inde dictum est in dicto *§. plane*, ex hac stipulatione non obligationem, sed solutionem in extraneam persona Titii utiliter conferri. Ergo saltem solutio in eum confertur, dicet aliquis, contra quam patitur regula juris, quæ alteri per alterum quidquam acquiri vetat. Sed quod dicitur, solutionem in eum conferri, sic accipiendum est: ut intelligatur verbis conferri in eum, quia designatur is cui solvi possit. Cæterum re vera non confertur, ut quidem conferri ea dicimus, quæ alicui acquiruntur: non enim confertur solutio, nisi hac conditione, si promissor velit; pro non dicto est autem, quod dare quis nisi velit, cogi non potest. *L. sub. hac. supr. prox. tit.* Ita omnis hæc Titio solvendi facultas promissoris caussa constituta est, non

4 Titii. † Restat ergo, ut quid hic promissori tribuatur ad liberationem, de quo præcipue hic agitur, videamus. Et verba stipulationis non sunt obscura, ut si quæratur, quid hæc tribuant, res sit in promptu. Sic enim verba sunt: *aut Titio dare spondes?* ex quibus sumptum est illud, quod tam multis locis traditur, Titio solvi posse. *d. §. plane*, et aliis locis, quos, paulo ante indicavi. Sed quæritur de stipulationis et contrahentium sententia: primum plusne hic liceat promissori, quam verba exprimunt: quid enim si non solvat, sed aliis modis satisfaciat Titio? quid si solvat alii quam Titio, sed ei, qui eadem persona habeatur? Deinde si plus non licet, an saltem liceat tantum, quantum verba concedunt. Prius eadem ratio admittere videri potest: posterius etiam exigere videntur verba stipulationis. Sed neutrum placuit: ut breviter dici possit, neque hic ultra quam verba permittunt, promissori quidquam licere; neque adeo per omnia licere tantumdem, de quibus ordine præcipiendum est. Etsi de eo quæritur, plusne hic liceat, quam verba exprimunt, sine exceptione dicendum est non licere: quod ex partibus hujus facultatis facile intelligetur. Continetur hæc facultas duabus rebus: certo facto promissoris, ut solvat videlicet: et certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat, nempe ut solvat Titio. Placet, si quid horum non servarit promissor, factum ei ad liberationem non prodesse. Verbis quidem non adjuvari eum plusquam manifestum est; sed non minus removetur et verborum sententia, et summa æquitatis ratione. Cum enim convenit, ut Titio solvi liceret, et solutionis verbum, et certæ personæ adjectio aperte liberationi modum fecit, quem excedere non liceret, ut in mandatis accidit *L. diligenter, sup. mand.* arg. in *L. tutori, C. de neg. gest.* Tum autem cum stipulator in hac specie creditor sit, Titius non sit: non est æquum promissorem aut aliud, aut alii solvendo liberari invito creditore, idest, præter quam aperte creditor consenserit. *L.* 2. *§.* 1. *supr. si cert. pet. L. invito, C. de sol.* Et in summa illud Pauli in universum tenendum est, conventionem in alia re factam aut alia persona, in alia re, aliave persona nocere non debere *L. si unus §. pacta, in fin. supr. de pact.* Sed partes singulas hujus facultatis proponamus Sit ergo hoc primum, quod promissor ex conventione dare debet, seu solvere. Nempe dando et solvendo liberari potest; paciscendo cum Titio nihil agit; sive paciscatur tantum Titius se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat. Neque huic aliud datum est, quam ut solvat; neque Titio aliud quam ut solutam ex caussa stipulationis pecuniam accipiat, *L. quod stipulatus*, 10. *infr. de sol.* Solutionis quidem vim habent acceptilatio, novatio, omnisque conventio liberandi debitoris caussa interposita; Acceptilatio in primis, quæ et dicitur imaginaria solutio, *§. item per acceptilat. Inst. quib. mod. tol. obl.* Sed hæc ita, si a creditore nata sunt, cujus est liberare debitorem. Titius *adjectus* creditor non est. † Jam vero hoc tribuitur promissori, ut possit solvere non cuivis, sed Titio; hæc facultas personam non egredietur. Itaque si quis stipuletur sibi aut Sticho servo Sempronii: Sempronio domino nisi ex voluntate Stichi solvi non potest. *L.* 9. *L. Stichum, §. usumfructum, infr. de sol.* Nec ad rem pertinet, quod quæcunque per servum acquiruntur, ea acquiruntur domino hic enim Stichi persona non adjicitur, ut per eum quidquam domino acquiratur: nam nec Titio adjecto qui sui juris esset, quid 5

quam acquireretur. Hac de caussa nec Titii heredi recte solvitur: quæ particula est, quæ attingitur hoc loco; sic tamen ut ex una specie de toto genere existimare liceat. Illæ quidem stipulationes ad heredes transeunt, quæ defuncto quæsitæ in persona ejus constiterunt sive in faciendo sint, sive in dando. *L. veteris, C. de cont. et com. st pu.* Sed nihil hoc ad Titium *adjectum*, cui nec stipulatio, nec ex stipulatione jus ullum acquiritur: ut proinde nihil sit in eo, quod ad heredem transferat. Hac ratione etsi furiosi vel pupilli persona adjecta sit, placuit nec tutori vel curatori dando promissorem liberari, nisi pecunia in rem pupilli versa sit. *L. Stichum §. usumfructum, infr. de sol.* Atqui tutor et curator domini loco sunt, cum rem pupilli gerunt. *L. tutor qui tutelam, supr. de ad tut.* hoc amplius et debitores tutori solventes ipso jure liberari constat. *L. L. Lucius. 46. §. tutelæ. et §. ult. supr. de admin. tut.* Sed neque hic negotium geritur pupilli, unde ei nihil acquiritur, neque ei quidquam debetur, ut dixi. Sane si pecunia in rem ejus versa sit, perinde est, ac si ei soluta esset: nihil enim interest, per quem pecunia ad illum pervenerit, per ipsum, an per alium. Arg. in *L. 3. supr. sol. mat. et L. si liber. supr. de neg. gest.* Quo nomine et ipse utpote locupletior factus semper tenetur stipulatori, ut eam reddat, Arg. in *L. si pupilli. supr. de neg. gest. L. 3. §. si servus, supr. de trib.* Et cur in pecunia tutori soluta id non admittamus, cum etsi adiecta esset domini persona, recte servo ejus solveretur nomine domini, si pecunia postea ad eum pervenisset? hoc enim de utraque pecunia eodem loco scriptum est a Papiniano, idest, in *L. Stichum, §. usufructum.* Atque hæc omnia ex eo, quod præter quam quod verba stipulationis concedunt, quidquam promissori
6 ad liberationem facere non licet. † Sed intra
verba consistenti, an saltem hoc liceat, quod verba præ se ferunt, videamus. Et ne hoc quidem per omnia licere diximus. Africani definitio est in *L. cum quis, in princip.* infr. de sol. *Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur.* Atqui de statu Titii verba stipulationis nihil exprimunt: quin potius generaliter potestatem faciunt Titio solvendi: solvitur autem Titio, etsi postea deportato, aut in adoptionem dato solvitur, non enim deportatione Titius esse desinit, sed omnium minime arrogatione: qua interveniente nihilominus et libertatem, et civitatem retinet. Et verbis stipulationis hoc non effici certum est. Sententia hæc est contrahentium, quæ hoc amplius exigit, ut Titio solvatur, quandiu in eodem statu manebit. Unde Africanus ibidem superioris definitionis rationem reddens, ita scribit: *tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur, si in eadem caussa maneat.* Non inest tacite, quæ verbis ipsis exprimitur; neque vero inesse stipulationi potest, nisi aut verbis, aut stipulationis sententia. Arg. in *L. nominis. §. 1. infr. de reg.* Intellecta est autem tacita hæc conventio ex eo quod agitur. Apparet autem in hac stipulatione hoc agi, ut sic solvatur Titio, ut res tamen stipulantis maneat, cui soli ex ea stipulatione obligatio et actio acquiritur. Unde et stipulator pecuniam Titio solutam potest ab eo postea repetere in eamque rem aut mandati aut negotiorum gestorum actionem habet. *§. plane, Instit. de inut. stip. L. Julianus, §. 1. infr. eod.* Ex quo intellectum est agi hoc quoque, ut solvatur Titio, non ei cujus tantum eadem substantia idemque corpus, sed cujus etiam status idem postea futurus est, qui fuit, cum stipulatio interponebatur. Ideo enim huic rem commisit stipulator, quia intelligebat ut est præsens ejus status et eum norat, se posse ab illo postea rem facile consequi: statu mutato eum quodammodo alium futurum: alium certe ipsi, utpote a quo non item facile posset consequi, quod illi commisisset: unde et illi commissum nollet. Quod si id agitur, etiam pro cauto habendum est. *L. 3. supr. si cert. pet.* ut non abs re dicat Africanus etiam hanc conventionem stipulatione inesse. Hinc tractatum de hac definitione Africani. Et quamquam definitio generalis est, ita demum, idest, ita solum recte Titio solvi, si in eodem statu maneat; quo significari videtur statu quovis modo mutato ei solvi non posse: bene tamen hæc distinctio vulgo recepta est, ut si status Titii mutatus sit in deteriorem caussam, non liceat ei solvere, veluti si in adoptionem datus sit, si deportatus sit, si servus factus, quibus exemplis Africanus utitur in *dict. L. cum quis.* Sin is ad meliorem caussam pervenerit, nihilominus ei recte solvatur: ut, si quis stipulatus sit sibi, aut Sticho, et Stichus sit manumissus: sibi aut Sempronio filiofamil. et Sempronius sit emancipatus; et manumisso aut emancipato postea solvatur. Hoc quidem de adiecto postea emancipato non obscure scriptum est in *L. cum qui ita, seq. §. qui sibi, infra eod.* Nec dubium est quin in manumisso, cujus multo amplior et commodior stipulatori mutatio est, idem etiam multo magis dici

debeat. Nam quod quidam scribunt agi eo loco de eo filio, qui tempore stipulationis jam fuerit emancipatus non postea, et id se dicere profitentur eorum vellicandorum gratia, qui emancipationem distinguunt a cæteris minutionibus: non est judicio meo, quod multum in ista vellicatione et isto tam ingenioso invento sibi placeant; apertius enim verbis illius loci refellitur, quam ut longa refutatione indigeat. Proponitur pater stipulatus sibi aut filio: at cui filio? nempe quem in potestate habebat; unde ambigendi caussa Juliano; quam postea diluit in illis verbis, *neque ad rem pertinet*: nam hoc modo pater stipulando filio, sibi acquirere videtur: ut consequens sit filio solvi non posse, eoque et adiectionem ejus esse inutilem: quæ sane dubitatio in filium emancipatum non cadit. Deinde subiicit Julianus, quod ita stipulatus est pater sibi aut filio, solvi posse filio non tantum manente eo in potestate, sed etiam emancipato. Hic videmus, solutionem ad emancipatum referri, non stipulationem. Deinde ait, manente eo in potestate; non dicitur manere in potestate, nisi qui manet post stipulationem interpositam, cujus tempore etiam in potestate fuit. Ergo et cum addit etiam emancipato solvi posse, eundem filium notat, qui et postea sit emancipatus. Et quæ tandem vel in speciem probabilis ratio fingi potest, ut dubitetur, an pater sibi aut filio emancipato non possit stipulari: cum emancipatus non differat ab alio quovis extraneo, quod ad acquisitionem bonorum attinet? Sed etsi hanc partem omnia alia testimonia deficerent: tamen superiore ratione cognita, per quam fit, ut statu Titii mutato placeat ei solvi non posse, hæc distinctio seu sponte inducitur. Ideo enim metuitur status mutatio, quia per hanc fit stipulatori jus persequendi adversus Titium deterius: nam si non fit deterius, aut si stipulatoris non interest rem Titio solutam ab eo postea recipere, quid est, cur ei ante eam mutationem potius solvi velimus, quam postea? At tunc fit stipulatori deterius jus agendi, cum status Titii deterius mutatus est; puta, cum Titius deportatus est, aut in alienam potestatem transiit, ubi non est videlicet, qui conveniatur, aut certe non habet in bonis, unde solvat. Quod si is qui adiectus est, aut ex servo liber, aut ex filiofamil. sui juris factus est, hic perspicuum est non modo non fieri jus stipulatoris in agendo deterius, sed etiam fieri multo melius: incipit enim ille habere, aut quem omnino convenire possit, aut quem possit facilius: certum enim qui habeat in bonis, unde possit satisfacere. Proinde et statu ita mutato, tanto citius ei solvi posse, et ex verbis et ex stipulatoris sententia ac commodo dicendum est. Obstant tamen quædam huic distinctioni. In quibus obiici animadverto a nonnullis exemplum dispensatoris servi, cui dominus et contrahere et solvi permisit: nam huic manumisso non recte solvi ab iis, qui manumissum non ignorent, significatur in §. *recte, Instit. de mandat.* ex quo et voluntatem ac permissum domini ea manumissione finiri intelligitur. Sed multum distat, jurene stipulationis Titio solvi possit an, creditoris permissu. Permissus, mandatum est: quæcunque mutatione status servi aut filii, cui solvi debet, mandatum finitur, velut tacita mandantis voluntate: qua mutata pro arbitrio mandantis mandatum fieri constet. Quod autem jure stipulationis promissori licet, id ita promissoris proprium est, ut quemadmodum ne aperta quidem voluntate creditoris revocari potest, de quo postea: sic nec desinat mutato *adiecti* statu, nisi appareat stipulatorem facile consequi non posse, quod adiecto capite minuto solutum erit. Nihil igitur ad superiorem distinctionem infirmandam exemplum pertinet. Si quid est, quod ei officiat, illa est potius definitio Africani ex *d. L. cum quis*, quæ verbis ita scripta est, ut omnem capitis minutionem excipere videatur. Ait enim, *ita demum Titio solvi posse, si in eodem statu maneat. Ita demum*, valet ita solum: ex quo intelligitur, si quo modo fiat, ut non maneat in eodem statu, non recte ei solvi: in quam sententiam est, quod postea subiicit, tacite inesse hanc conventionem stipulationi videri. Si in eadem caussa maneat. Et quamvis Africanus statu mutato Titio solvi posse negans, exempla solum colligat status in deterius mutati: non ideo tamen quis dixerit eum mutare regulam, si universalis prius constituta est: scimus enim exemplis explicari, et confirmari, non ad ea adstringi regulam. *L. pen. §. ult. supr. de jur. et fa. ig.* Et verba, fateor, Africani ita se habent: neque generalitas ejus definitionis ullis exemplis ab eo mutatur. Sed ajo ne hæc quidem verba aliam status mutationem continere quam eam, quæ fiat in deterius. Nam et Africano et veteribus omnibus, cum de commodo alterius agitur, is eodem statu esse intelligitur, non solum qui eadem conditione perseveravit per omnia, sed etiam qui ea mutata cœpit esse meliore: quasi idem hic accidat, quod in cæteris bonis, ut qui plus habet, etiam quod minus est, videatur habere, quasique in majore et meliore statu, ut in summa, minor insit. *L. 1. §. si stipulantis*,

supr. eod. Hoc sentire Africanum in superiore responso ex eo potest intelligi, quod eum in eodem statu manere dicit, quem paulo dicit in eadem caussa manere. Porro in edicto, si ex noxali caussa cum eum servum cujus nomine noxalis actio est, et quem dominus judicio sisti promisit, juberet Prætor in eadem caussa sisti, in qua tunc est: omnes veteres servum in eadem caussa sisti sic acceperunt, si ita is homo de quo tantum est, sisteretur, ut ad experiendum non fieret jus actori deterius: non tantum si adhuc servus maneret, si prius fuerat, sed etiam multo magis, si liber factus sisteretur; hac ratione adiecta, quia hoc modo etiam in meliorem caussam videretur pervenisse. *L. 1. et L. pen. supr. si ex nox. cau. ag.* Nec vero Africanus eundem istum statum eandemque caussam, quam in persona *adjecti* exigit, alio retulit, quam ut ne aliter in proposito jus actoris deterius fieret. Quod si ille non fecit, caussa dici non potest, quin stulte in hac solutione metuerit in persona *adiecti* status mutationem. Id vero exempla ab eo indocta liquido ergunt. Relinquitur igitur, ut ex sententia stipulationis propositæ, et tacita conventione nec Titio solvisse prosit promissori, si Titius in eodem statu non maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur, dum modo hoc sic interpretemur, ut deteriore stato, et conditione esse cœperit. Videndum tamen, ne quovis modo mutato statu Titii Titio solvi possit, idque Papinianus significet in *L. Stichum. §. usumfructum. infr. de sol.* hoc responso: † *Usumfructum*, inquit, *mihi aut Titio dari stipulatus sum. Titio capite diminuto, facultas solvendi Titio non intercedit.* Non dicit, Titio emancipato, idest, in meliorem caussam capite deminuto facultatem Titio solvendi non intercidere: sed generaliter *Titio capite deminuto*; quæ verba omnem capitis deminutionem continent, non unam tantum speciem referuntur: certe non ad hanc potius, quam ad illam. Ridiculum vero, si cum emancipationem intelligere, vellet Papinianus, generis verbo usus est, quo nullo modo exprimeret, quod sentit, et nos admitteret multo incertiores, quam si nihil respondisset. Itaque hoc sentit ille, certe hoc verba ostendunt, quocunque modo capite minutus sit Titius, facultatem ususfructus solvendi Titio non intercidere. An quod id nominatim actum est, ut capite minuto solvere liceret? Verba repugnant; sic enim proponit Papinianus stipulationem fuisse conceptam, de qua respondeat: usumfructum mihi aut Titio dare spondes? quomodo autem in quæstione facti id prætermitteret, quod in facto erat, quo prætermisso non aliter de jure responderi posset, quam ut sunt ea, quæ proponuntur? in caussa enim jus positum est, ut Alfenus dicebat *L. si ex plagis §. in clivo. supr. ad leg. Aquil.* Repugnat etiam ratio, quam subiicit, qua idem confirmat in proposita specie facultatem solvendi Titio non intercidere, quia ita stipulari possumus usumfructum, *Mihi aut Titio, cum capite minutus erit.* Nisi rationem cum propositione eandem esse volumus: hac ratione evidenter declaratur de ea stipulatione agi, in qua nihil de capitis minutione Titii comprehensum fuerit. Ita fit, ut superiore responso hoc dici a Papiniano intelligamus, si usumfructum quis stipulatus sit sibi aut Titio, etiam Titio capite minoto nihilominus et solvi posse, quocunque modo ille capite minutus sit; et sive de eo actum si nominatim, ut liceret capite deminuto solvere, sive de eo nihil aperte actum proponatur. An non videtur igitur responsum superioribus adversari? Et adversaretur sine dubio, si quod in una specie rerum dicitur, id pertineret ad alias. Nisi forte probandum est, quod nonnulli tantopere defendunt, Papinianum loqui de Titio, qui capite minutus sit, non post stipulationem, de quo quærimus, sed ab initio tempore stipulationis interpositæ. Sed longe aliud et verba Papiniani et quæstionis ratio nos docent. Papinianus factum sic proponit; *usumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum;* nihil adiicit de Titio tum capite deminuto, sed statim de facto respondet. Non fuit igitur in re hæc capitis deminutio: aut certe ad quæstionem nihil pertinuit: alioqui non magis prætermitti oportuit ad quæstionem, quam cætera, quæ in facto erant, cum, ut ante dixi, jus in caussa et facto positum sit. Quod ergo respondet, *Titio capite deminuto*, sic accipiendum est ut hoc postea inciderit. Et vero verbum *intercidit*, quo Papinianus postea utitur, eos admonere debuerat, non dico, id ita accipiendum, sed etiam aliter accipi posse: *intercidere* enim significat amitti, perire, esse desinere, quod prius fuerat; quæ omnia usurpantur solum de iis, quæ ab initio recte constituta, postea casu aliquo intereunt. Proinde cum ita scribit Papinianus, *Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit;* aperte hoc dicere intelligitur, facultas Titio solvendi recte ab initio constituta non ideo amittitur, quia hic casus forte inciderit, ut Titius capite minueretur. Denique contraria sont hæc, quæstionem esse de Titio, qui tempore stipulationis capite minu-

tus fuerit: et quæstionem esse an Titio ca pite minuto facultas ei solvendi interciderit. Nam qui quærit de Titio, qui tempore stipulationis capite minutus fuit, quærit, an Solutio in capite minutum ab initio recte sit collata, et an potestas ei solvendi ab initio constiterit. Qui autem quærit, an ea potestas intercidat, necne, is hoc ipso confirmat ab initio constitisse, tantum abest, ut de eo dubitet propter præsentem aliquam capitis deminutionem Titii; sed quærit, an capitis deminutione aut casu aliquo postea interveniente ea facultas intercidat. Quod si de Titio qui tempore stipulationis capite minus fuit, apud Papinianum agitur, non fuit, quærendum: an facultas ei solvendi intercidat propter eam minutionem, cum nondum certum esset, an esset constituta; sed quærendum, an ab initio constitisset; ac de eo ita respondendum, Titio tunc capite deminuto, non ideo facultas Titio solvendi minus constitit. Postremo quod Labeo aliquando respondisse ita fertur, *Aut non intelligo quid sit de quo me consulueris, aut valde stulta est consultatio tua*. L. Domitius, supra, *qui test. fac. pos.* id jure optimo in hac quæstione potest usurpari. Quid enim stultius, quam quærere, an possim stipulari mihi, aut Titio jam ante capite minuto? perinde ac si dubitaremus, an possim stipulari mihi aut filio Titii arrogato: mihi, aut Sticho servo Sempronii: mihi aut Titio patrifamil. qui ante emancipatus fuerat, de quibus nemo unquam dubitavit, quin recte adjicerentur omnes solutionis caussa, ut constat ex *L. eum, qui, seq.* §. *qui sibi*, *L.* 9. *d. L. Stichum*, §. *usumfructum, infr. de sol.* Et certe nulla est dubitatio, quin cuivis extraneo solvi possit voluntate creditoris, *L. solutam, infr. de sol. L.* 4. *L. invito, C. eod.* Redeo igitur eo, quod supra dixi, non posse, quin hoc responsum adversetur superioribus iis, quæ de Titio postea capite minuto docuimus, si quod hic in una re dicitur, transferatur ad alias. Quid ergo est? Et de usufructu Papinianus loquitur. Proprium hoc esse ususfructus, quod dicit, atque hunc ab illo ex genere cæterarum rerum excipi intelligo. Primum nominatim proponit usumfructum in stipulatum deductum hoc modo. Mihi aut Titio usumfructum dare spondes? Vel hinc statim intelligere possumus id eum ponere et dicere in hac specie, quod sit proprium ususfructus; alioqui non proponeret usumfructum potius ita promissum, quam *decem* promissa: quo exemplo prius usus erat in hoc genere stipulationis, aut quam simpliciter *quid* promissum, quod est exemplum apud omnes veteres in hac re usitatum; præsertim cum usumfructum rem alioqui incorporalem proponere non satis conveniat ad docendum; ad mortem autem hominum sit admodum infrequens usumfructum sibi aut alteri stipulari: cum ususfructus res sit, quæ personæ cohæreat. Quod si hujus sententiæ ratio quæritur, duæ sunt caussæ in promptu ex natura ususfructus ductæ, quæ efficiant in proposito, Titio etiam capite minuto, usumfructum solvi posse: ut quamvis desit hic locus, tamen hoc ita statui oportuerit. Una est, quod quo tempore ususfructus solvatur Titio, stipulatoris nihil interest. Interesset ejus Titio in eodem statu manenti solvi, si usumfructum illi solutum posset postea ab eo recipere. At natura ususfructus prohibet; hic enim personæ fructuarii ita cohæret, ut non modo extinguatur ejus morte: *L.* 3. *in fin. supr. quibus modis usuf. amit.* sed nec vivo ea possit a persona ejus recedere, at alii cedi, quam domino. *L. si ususfructus. supr. de jur. do.* Quæ res facit, ut si ususfructus semel solutus sit Titio, sic incipiat ille esse fructuarius, sic ususfructus ejus personæ ut fructuarii cohærere, ut ab eo ad stipulatorem transire non possit. Non potest igitur stipulator usumfructum consequi ab eo, qui etiam si velit, eum transferre non potest. Quod si non potest consequi, frustra laborat, quo tempore Titio solvatur: cum hoc, an illo tempore potius id fiat, pariter ejus nihil intersit. Itaque quæ ratio facit, ut cæteris in rebus, quas mihi aut Titio stipulatus sum, Titio capite deminuto solvi non possint; eadem in contrarium versa in usufructu, in hoc ipso jus mutet, necesse est. In cæteris rebus ratio hæc erat; quod in his id agitur, ut quas stipulator a Titio, ut est conditio rerum, et præsens Titii status, non difficile consequi potest, eas etiam postea non mutato persequendi jure possit quandoque ab eo recuperare, cum ei solutæ fuerint; nec potest facile recipere ab eo, qui capite minutus aut civitatem amiserit, aut in alienam potestatem venerit. In usufructu hoc non agitur, ac nec potest, agi, ut quandoque hunc Titio solutum ab eo recipiat. Proinde ut dixi, quando ei solvatur, laborare non debet: quia ejus nihil interest. Aliquis dicet, posse saltem Titium restituere fructuum perceptionem, et quia possit, etiam debere; ut de marito responsum est, cui ususfructus fundi alieni in dotem datus est nomine mulieris, et a quo soluto matrimonio ejus ususfructus restitutio petitur. *d. L. si ususfructus, supr. de jur. dot.* Sed de usufructu

Titio dando stipulatio concepta est; in quo dando non potest promissor deteriorem rundittionem stipulatoris facere, quocunque tempore eum Titio dederit: quia ususfructus ad stipulatorem redire non potest. Quod si putat stipulatur difficilius se posse fructus a Titio consequi, de quibus percipiendis cum illo egerat; hoc promissorem non attingit: qui de usufructu dando cavit, non de fructibus. Si cui hæc ratio non est satis, adjiciatur, quæ sequitur. Hæc vero, ut opinor, in hac specie omnem dubitationem eximet. Ajo Titio quamvis capite deminuto usumfructum quandoque solvi posse, sive non intersit stipulantis integro statu illi solvi, sive intersit. Nam etsi concesserimus interesse stipulatoris uno tempore potius Titio solvi, quam altero: attamen illud etiam semper constare debebit, promissoris contra interesse, quovis tempore solvi licere Titio potius, quam stipulatori; quia ut ususfructus huic, aut illi datus erit, ita cum persona ejus finietur, ut sic aut diuturnior sit, aut brevior. *d. L. 3. in fin. supr. quib. modis us. am. L. necessario, §. ult. supr. de per. et com. rei ven.* Hoc modo fiet, ut si Titius, cui datus fuerit, prius decedat, tum ususfructus ad promissorem eundemque dominum fundi statim revertatur: qui si stipulatori datus esset, adhuc apud eum consisteret. Quod cum ita sit, ut utriusque contrario modo intersit, stipulatoris quidem non solvi Titio capite deminuto; promissoris autem illi potius solvi, quam stipulatori: convenit in pari causa potiorem esse promissorem. *L. 2. supr. ne quis. eum. qui in jus vo. est. vi ex. L. si servum, §. sequitur, in fin. infr. eod. L. favorabiliores. infr. de regulis jur.* Et quamvis fieri possit natura, ut prior stipulator moriatur, quod si eveniet, nihil interest promissoris potius Titio solvere; sed magis hoc illi inutile est: tamen cum possit accidere aliter, non debemus præscribere promissori, quid in hac re metuat, sed illi permittere, ut jure sibi per stipulationem quæsito, quomodo velit, utatur, argum. in *L. 4. supr. ad Trebell.* Non idem dici potest in cæteris rebus, quasi quis stipuletur sibi aut Titio, cum enim hæ semel a promissore solutæ non diu citius ad eum reversuræ sint, si eas solverit Titio, quam si solverit stipulatori, sed utri eas solverit, pariter ad eum nunquam sint redituræ: non potest dici quidquam referre ejus, utrum eas Titio capite minuto solvat potius, quam stipulatori. Proinde ut id cum incommodo stipulatoris faciat, concedi non debet; nam ut nulla alia hic tacita conventio sit, de qua Africanus loquitur in *d. L. cum quis*, tamen malitiis non est indulgendum. *L. in fundo, supr. de rei vind.* Sed si hæ rationes fuerunt excipiendi ususfructus, quas dixi, aut una aliqua ex his; qui fit, dicet aliquis, ut nullam harum reddat Papinianus, sed eam, quæ a superioribus longe dissidet, et prope nihil ad probandum id, quod de facultate ususfructus solvendi diximus, pertinet? Ait enim, *Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit:* quia et hic stipulari possumus, *Mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari.* Et animadvertendum est Papinianum pro certo habuisse usumfructum mihi aut Titio dari promissum, posse Titio etiam capite deminuto solvi, si hic utilitas stipulatoris atque ea conventio tacita, quam diximus in similibus cæterarum rerum stipulationibus inesse, solum spectetur; quasi natura ususfructus satis ipsa per se doceret, aut nihil interesse stipulatoris quo tempore solveretur ususfructus Titio, aut certe interesse promissoris eum quovis tempore solvi potius Titio, quam stipulatori. Et ob id istarum rerum rationem prætermisit. Sed aliud videbatur obstare huic facultati solvendi, petitum et ipsum ex natura ususfructus. Ut enim hic personæ fructuarii cohæret, ut possit ab eo ad stipulatorem transire: ita et capitis minutione amittitur; ac scriptum est in *L. 1. supr. quib. mod. ususfruct. vel usus amit.* non solum usumfructum amitti capitis minutione, sed et actionem de usufructu, si modo jam ususfructus ita sit constitutus, ut dies ejus cesserit. Et Papinianus nihil obstare in hac re capitis diminutionem Titii, quoniam nus ei postea recte solvatur, declarat hoc argumento; quod si quis, quamvis pure usumfructum sibi stipulatus sit, potest tamen personam Titii ita adjicere, ut stipuletur ei eundem usumfructum dari, cum capite minutus erit, ac capitis ejus deminutione secuta nihilominus ei solvi potest. Si hoc casu non desinit ususfructus Titio solvi posse, quamvis pure constitutus: ne tum quidem desinet, cum sine connumeratione capitis deminutionis Titii quis sibi aut Titio usumfructum dari stipulatus fuerit: propterea quod utroque casu ususfructus pure solum debeatur, et sine conditione capitis deminutionis. Non enim debetur Titio, sed soli stipulatori; cui pure constitutus est, et statim non tunc, cum capite minutus erit. Ad rem non facit, quod dicitur usumfructum capitis minutione amitti: hoc enim dicitur de capitis minutione fructuarii, et ejus cui ususfructus constitutus est; non autem est Titio constitutus ususfructus: ... Titio ex

hac stipulatione nihil debetur. Etsi autem de usufructu tantum loquitur Papinianus, nec alias res præter usumfructum exceptas legimus, quæ adjecto statu ejus mutato solvi possint: tamen animadversa excipiendi ususfructus caussa, et illa ratione, qua superior ratio Africani defenditur, generaliter probandum puto: quoties quis stipulatur rem aliquam sibi aut Titio, quæ res ad stipulatorem reversura non sit; quod accidit, cum donandi animo Titii persona interposita est: toties Titio et integro statu ejus manente, et capite deminuto solvi posse: quia cum ex ea solutione nihil ad stipulatorem redeat, nihil ejus intersit, quo tempore potius Titio solvatur; arg. in *L. Julianus*, §. 1. *infr. eod.* Hæc de status mutatione adjecti huc redeunt in summa. Etsi hæc stipulatio, mihi aut Titio dari, verbis hoc simpliciter et sine exceptione promissori tribuit, ut possit Titio solvere: tamen tacita conventione id ita temperari, dum ne Titio, in deteriorem caussam capite deminuto solvatur, quibus in caussis res Titio soluta ad stipulatorem reverti debet; ut efficiatur, quod supra posui, non quidquid verba promissori tribuunt, id promissori ad solvendum licere: quia sententia contrahentium, et tacita conventio refragetur. Quod si hæc non obstaret, verbis standum esse non dubitaremus. *L. quidquid, infr. eod. L. non est, sup. de trans.* Num igitur progreditur hæc conventio longius? Et ut excipit hæc conventio status Titii mutationem, quia judicio et animo contrahentium statu mutato alius quodammodo sit Titius: ita probandum est, quamdiu Titius eodem statu erit, quo fuit, cum ejus persona adjecta est, nullam intelligi conventionem, ne ei quandoque solvi liceat. Nam si ei ab initio solvi potuit ex stipulatione, idque actum esse aperte verba demonstrant; quid est, cur quandoque postea non possit, cum quominus posset, nihil in re aut personis stipulatione comprehensis intervenerit? Quod si ita est; habemus jam, quod de potestate promissori ex hac stipulatione tributa sine hæsitatione definiamus: dum nimirum in genere facti, promissor solvat; in persona, dum solvat Titio adjecto: mutatione status Titii excepta (quæ tamen quatenus noceat, diximus) nihil esse impedimento ex stipulatione, quominus Titius promissor recte solvat, ac solvendo liberetur. Et tamen de quibus dam hic dubitatum est. Quid enim, si Titii persona non sit idonea, cui quod deberetur, tuli solvi posset, veluti si sit in potestate tutorum, curatorumve? quid, si stipulator vete. solv.? cur jussum solvendi revocare ei non liceat? quid, si sæpius interpellatus a stipulatore promissor frustretur, ac neque stipulatori solvat, neque Titio? Nos vero dicimus nihil horum obstare promissori, quominus Titio quandoque recte solvat; et omnino si quid est, quod illum removeat, una est conventio, quæ id faciat, si convenerit postea, ut soli stipulatori solveret; quo facto tamen non facultas Titio solvendi ex stipulatione denegatur; sed quæ stipulatione tribuebatur, voluntate ejus remittitur: ut non hoc quidem de ea potestate solvendi, quam ex stipulatione esse dicimus, quidquam detrahat.

De quibus tamen ne qua sit dubitatio, paulo explicatius subjiciam de singulis, quæ et eadem veteribus placuisse, et quam recte placuerint, intelligatur. † Primum promis- 8
sori ad solutionem nihil obstat adjecti conditio stipulatus quis est sibi aut Sticho servo, soli Sticho sine voluntate domini recte solvitur. *L. stipulatus sum*, 9. *L. Stichum*, §. *usumfructum, in fin. inf. de sol.* Dominus servi si esset creditor, sine voluntate ejus servo solvi non posset. *L. quod servus, infr. de sol.* At hic stipulator creditor est, cujus voluntate si servo alieno solvitur, tam liberatur promissor, quam si creditori ipsi solutum esset. *L. solutam*, *L. si ita stipulatus*, 59. *infr. de sol.* Stipulatus quis est sibi aut pupillo dari: promissorem etiam sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberari placet. *L. si stipulatus fuero*, 11. *infr. de sol.* eadem ista ratione videlicet, quasi creditori ipsi solutum esset. *d. L. si ita stipulatus*, 59. *de sol.* Ibi debitoribus pupillo solventibus necessaria est ad liberationem tutoris auctoritas, cum ipsi pupillo debetur: ne is sine tutoris auctoritate deteriorem conditionem suam faciat debitorem liberando: quod jus vetat. §. *at ex contrario*, *Instit. quib. al. lic. vel non. Instit. de auct. tut.* Jam autem sæpe diximus adjecto nihil deberi: tantumque ei solvi posse. *L. sed etsi*, *de pec. const. L.* 10. *de sol.* Quinimo, nec pupillo adjecto quidquam ex hac stipulatione quæritur; ne quis forte hoc periculum metuat, ne ille pecuniam accipiendo perdat; nam si pecunia apud eum extat, aut in rem ejus versa est, restituere cogitur; si amisit, non tenetur quidem; sed nec ei quidquam de suo decedit, quia etsi pecuniam haberet, tamen apud eum manere non oporteret. *L. si pupilli, supr. eod.* Quid ergo, si pupillus interpositus sit donationis caussa? ne sic quidem tutore auctore necesse erit solvere; huic enim promissor nec obligatus fuit, nec quidquam præstare ad liberationem debuit, sed soli stipulatori, cui si solveret, nemo

dicet illi cujusquam tutoris auctoritatem esse necessariam. Quod autem pupillo solvit, eo loco habendum est, quasi stipulatori solvisset; voluntate enim ejus solvit. *d. L. si ita stipulatus*, 59. *de sol.* Nec simile est, quod servum pupillo dare, et liberum esse jussum placuit pupillo sine tutoris auctoritate dare non posse. *L. servus decem*, 68. *infr. de sol.* Etsi enim quod pupillo præstandum est conditionis implendæ caussa, non magis debetur pupillo, quam quod adjecto dari debet. Etsi præterea et stipulator ex hac stipulatione, et testator ex superiore conditione, uterque hoc animo est, ut velit pecuniam ad pupillum pervenire, ne illi depereat, utpote cui donatum voluit: tamen inter servum conditionis implendæ caussa dare jussum, et promissorem pecuniæ hoc interest, quod servus hac conditione liber esse jubetur, si ita det, ut testator datum vult; neque vero aliter fiet liber, quam si conditioni pariat: quod Marcellus significat in *d. L. servus decem, in fin.* Promissor autem ex hac stipulatione non ita se promittit pupillo daturum, ut aliter se obliget, quam fuit stipulatori ipsi obligatus. Quinimo hoc ipsum agitur, ut in locum stipulatoris substituatur pupillus, ut dum promissor huic solvet, videatur stipulatori solvere. *d. L.* 59. *de sol.* Potuit autem, ut dixi, solvere stipulatori sine ullius tutoris auctoritate: poterit igitur ei pupillo ex conventione: quando ei vice stipulatoris dare jussus est. Nihil ergo, ut dixi, dum adjecto solvitur, promissori solventi ad liberationem officit adjecti conditio. † Quid voluntas creditoris? ne hæc quidem. Adjecto, etiam invito et vetante stipulatore, recte solvitur. *§. plane. Inst. de inut. stip. L. vero, infr. de sol.* Nam quod dicitur invito vel ignorante creditore alii solvi non posse, *L. invito. §. de sol.* plane huc non pertinet; non enim invito creditore solvit, qui ab illo jam a principio et quidem ex conditione stipulationis facultatem Titio solvendi accepit. At enim nunc creditor mutat voluntatem. Cur ei mutare non liceat, ut in mandato accidit? Sed visum est longe aliud esse, jure stipulationis Titio solvi posse; aliud postea permissu stipulatoris id contingere. Ut hic quidem voluntatem mutare liceat, prius quam solvitur: illic non liceat. *L. aliud, antep. d. L. vero, infr. de sol.* At quamobrem, cum utraque facultas proficiscatur ex voluntate stipulatoris, usque adeo, ut Paulus scribat, nihil interesse, jubeam te Titio solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit? *d. L. si ita stipulatus*, 59. Ulpianus in *d. L. vero*, hanc differentiæ rationem reddit, quod cum aliquis stipulatus est sibi aut Titio, certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator. Sed verendum esse quis dixerit, ne hæc ratio non sit satis. Quid enim, cum stipulator mandavit debitori, ut Titio solveret; an non et hic mandatum manifestam conditionem habet, ut Titio solvere liceat? et tamen hanc conditionem potest immutare stipulator ipso etiam Ulpiano auctore. Bene vero Ulpianus superiore ratione rem expedit; multum enim interest inter mandatum et stipulationem. Ac quod ad istarum rerum jus attinet, satis constabat mandatum sola mandantis voluntate revocari posse rebus integris. *§. recte, Instit. de mand.* Stipulationem autem, uti cæteros prope contractus omnes, mutari non posse, nisi utriusque ex contrahentibus consensu. *L. sicut, C. de obl. et com.* Itaque non fuit, cur id poneret, quod erat juris explorati. Solum hoc dubitationem habere potuit, an facultas Titio solvendi stipulatione comprehensa mandati tantum jure haberetur, an vero pars esset stipulationis. Ille ergo hoc solum urget, et docet stipulationis partem esse, et eam quidem, quæ certam det conditionem stipulationi. Ea est, ut dum promissor solvet Titio, non possit stipulator pecuniam ab eo petere; in quo maxime effectus stipulationis cernitur. Hoc posito recte intulit stipulatorem eam conditionem immutare non posse. Nihil addidit de eo permissu stipulatoris, qui stipulationem secutus est; quia nemo dubitare posset quin hic non esset pars stipulationis, aut obligationem præcedentem non immutaret. Ergo quod Paulus scribit in *d. L. si ita stipulatus*, nihil interesse, utrum jubeam te Titio solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, sic accipiendum est: ut intelligatur nihil interesse in eo, de quo apud eum quærebatur; quærebat autem, an quod adjecto solvitur, videatur solutum stipulatori, quod ille exemplis duobus confirmat; ut sic recte colligat tam hoc videri factum, si jure stipulationis Titio solvatur, quam si mandatu solo creditoris id fiat. † Venio ad ces- 10
sationem, et frustrationem promissoris; quid ergo, si ille sæpius interpellatus a stipulatore, ut solvat, neget se ei solvere, causatus se velle solvere Titio; interim neque stipulatori solvat, neque Titio: an non æquum videtur, ut facultatem amittat Titio solvendi, ac jam tandem eum effectu incipiat stipulatori teneri? Et qui facultatem Titio solvendi jure stipulationis constitutam habet, is quamdiu stipulatio manebit, eandem quoque retineat necesse est, quantumcumque stipulatorem sit frustratus: proinde, quandoque Titio sol-

vendo is actionem evitabit. Et tamen hoc ita placuit, si solvat Titio ante litem contestatam; lite semel contestata placet eam facultatem amitti. *L. si quis stipulatus fuerit, decem, infr. de sol. L. fidejussor obligari, infr. de fid.* ut et de omni facultate alii dandi, aut alterius rei solvendæ promissori data ostendimus ad *L. si Titius*, 9. *supr. eod.* Qua sententia efficitur, ne quod ante metuebamus, impune promissori liceat frustrari stipulatorem. Aget enim is cum promissore, quod potest, ut cui soli ex stipulatione obligatio et actio quæsita sit. Hic necesse habebit promissor in jure vel negare se promisisse, vel aliquam exceptionem objicere, ut dicat se aliqua de caussa non teneri. Utrumvis fecerit, litem est contestatus. *L. unica. C. de lit. cont.* Hac contestata dicimus jam amplius Titio solvi non posse. Ita fieri, ut condemnatus necesse habeat stipulatori solvere. Sed an non videntur hæc esse pugnantia: licere promissori jure stipulationis quandoque Titio solvere, quoniam hæc illi potestas stipulatione tribuatur sine ulla exceptione; ut diximus; et tamen eidem post litem contestatam id facere non licere? Non sunt: †

11 quod enim post litem contestatam Titio solvi non potest, non vi aut sententia stipulationis efficitur, sed contra stipulationem nova conventione, atque adeo novatione prioris obligationis interposita, qua a potestate Titio solvendi discedatur; quippe judicio contrahitur, ut stipulatione. *L.* 3. *§. idem scribit, supr. de pec.* Idest, judicio suscipiendo et lite contestanda novam obligationem contrahit reus cum actore de eo. quod a se petitur; dum enim de eo judicium in se suscipit, et se jurisdictioni et judicio Judicis in ea re subjicit, hoc dicere intelligitur, se ut sententiæ Judicis pariturum, ita judicatum soluturum, si condemnatus fuerit; unde obligatio et actio judicati. Adeoque in ea contestatione nova obligatio contrahitur, ut etiam novatio prioris obligationis fieri intelligatur, prout actori commodum fuerit. *L. aliam, infr. de novat.* Quæ res facit, ut quod promissor prius stipulatori ita debuit, ut posset et Titio solvere: nunc lite de eo contestata intelligatur id soli stipulatori promittere se soluturum; ut ille sibi soli actionem instituebat, non autem sibi aut Titio. Ita non mirum, si prioris stipulationi novatione pro commodo stipulatoris facta, soli ei promissor ex posteriore conventione et obligetur, et solvere debeat. Ut autem intelligatur nihil hic constitui proprium litis contestatæ, nec caussam hujus potestatis amittendæ esse in litis contestatione, sed in conventione, quæ litis contestatione continetur: observavimus quavis conventione extra judicium interposita hanc eandem solvendi potestatem intercidere, non tantum novatione nominatim facta; sed etiam citra novationem, si convenerit, ut promissor soli stipulatori solveret; veluti, si constituerit se ei soli pecuniam soluturum; sed hoc adjecto, inquam, ut diceret se ei soli soluturum, ut expressum est in *L. si vero, supr. de pec. constitut.* nam alioqui qui simpliciter constituit se ei soluturum, nihilominus adhuc poterit Titio solvere, ut utriusque responsi idem auctor Paulus probat in *L. si ita stipulatur*, 59. *infr. de solut.* Sed obstat promissori constituti obligatio, qua se ille ita obligavit, ut stipulatori solveret, non stipulatori, aut Titio. Disputat Paulus hoc non obstare hac ratione, quod qui Titio solvit, etiam stipulatori solvisse, atque ita constituto satisfecisse videtur. Quod ait post hoc constitutum posse promissorem adhuc adjecto solvere. Quod addit insuper hanc solutionem eo loco esse, ut videatur stipulatori solutum, idque exemplis confirmat: satis declarat etiam in hac specie ita Titio solvi posse, ut liberatio ipso jure contingat; tunc enim dicitur solvi Titio posse, cum jure potest, seu ipso jure. *§. plane, Inst. de inut. stip.* Et si stipulatori ipsi recta solutum esset, nemo dubitaret, quin ipso jure contingeret liberatio. *tit. quib. mod. tol. obl. in princ.*

Ad L. *Eum, qui ita stipulatur.* 56.

Idem *lib. LII. Digestorum.*

Eum qui ita stipulatur, *Mihi et Titio decem dare spondes?* vero similius est semper una decem communiter sibi et Titio stipulari: sicuti qui legat Titio et Sempronio, non aliud intelligitur quam una decem communiter duobus legare.

S U M M A R I A.

1. *Stipulatio hæc:* Mihi et Titio decem dare spondes: *diversa est omnino ab ea:* Mihi aut Titio; *etc. ejusque dissimilitudo primum stipulatoris, tum Titii adjecti respectu demonstratur.* et n. 4.

2. *In stipulationem:* Mihi et Titio decem dare spondes, *an eadem decem, an vero bis decem deducta videantur.*

3. *L.* Si mihi. 110. infr. h. t. *verba explicatur.*

1 Hac stipulatione recepta, Mihi aut Titio decem dabis, qua placet solutionem saltem in Titium utiliter conferri, de qua proximo capite diximus: quæsitum est, num idem efficeretur conjunctim stipulando hoc modo, Mihi et Titio decem dare spondes? de qua stipulatione hoc loco. Movit quæstionem conceptionis similitudo: utrobique enim eadem personarum enumeratio est, summa eadem quæ verbis stipulationis in easdem personas confertur. Et ne species similitudinis nos decipiat, non idem efficitur utraque; ex quo est, quod et de posteriore præcipitur partim hoc loco, partim aliis quibusdam. De qua ut semel dicatur, sic habendum est; tantum abesse, ut utraque stipulatione efficiatur idem, ut diversa prope omnia, atque adeo contraria constituta sint in hac posteriore, non tantum in persona Titii, de quo præcipue agitur, sed etiam, quod minime videbatur, in persona ipsius stipulatoris. Quod cum ita sit, ita commodissime notari poterit dissimilitudo, si de stipulatore primum, deinde ordine de Titio dixero. De stipulatore si quæritur, inter utraoque stipulationem hoc cunvenit, quod utrobique stipulator, quia sibi stipulatur, etiam stipulando sibi acquirit obligationem. Hoc interest, quod ex priore quantum deductum est in stipulationem, tantum stipulanti debetur: §. *plane, Instit. de inut. stip.* ex posteriore dimidium dumtaxat, *L. si mihi,* 110. *infr. eod.* Id ex eo accidit, quod ex priore stipulatione, enumeratione personarum, summa stipulatione comprehensa non dividitur; ex posteriore pro numero personarum dividitur; ea vis est orationis disjunctivæ et conjunctivæ. Nam cum disiunctim stipulor mihi aut Titio decem, non attribuo hanc summam pluribus, sed uni tantum sub conditione, si alteri non detur: vel si malumus, duobus quidem, sed sub alternatione, ita ut uni tantum dari debeat, quem promissor elegerit. Porro non potest dici enumeratione personarum divisa summa, quæ uni tantum personæ attributa est. At cum stipulor conjunctim mihi et Titio decem, eodem tempore et simul stipulor eandem summam duobus dari, mihi et Titio. Quoties pluribus sive qui dent, sive quibus detur, eadem summa aut testamento adscripta, aut stipulatione attributa est, toties in singulas quoque personas divisa intelligitur. *L. cui fundus, supr. de cond. et dem. L. res.* §. 1. *infr. de dun. re.* ut his verbis, decem mihi et Titio decem, perinde sit, ac si dixissem, mihi et Titio simul decem dabis, idest, mihi quinque, et Titio quinque separatim? Et hoc quidem sine dubio ita est, si in hac stipulatione decem, quæ mihi et Titio stipulor, *una decem* intelligantur. Sed dici potest alia atque alia decem in persona utriusque in stipulatum esse deducta, ut mibi decem solida stipuler, et alia decem solida Titio; quod si vere dicatur, consequens erit non minus ex hac stipulatione tota decem stipulanti deberi, quam ex priore. † Inde quæsitum, an 2 hic eadem decem accipi debeant, an bis decem. Quæstio hujus loci, in qua Julianus ita statuit, vero similius esse una decem

communiter in utrinsque persona comprehendi. Definitio hoc spectat, videlicet, ut efficiatur, quod supra dixi, ex ea stipulatione divisis decem, stipulanti quinque tantum deberi, cum non alia sibi stipulatus sit, alia Titio. Sed cur eadem decem accipimus potius, quam alia atque alia, cum verbum *decem* duobus adscriptum utramque sententiam recipiat? Perspicuum est pertinere hoc ad regulam juris, qua efficitur, in stipulationibus cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem esse interpretanda. *L. stipulatio ista, §. in stipulationibus, supr. eod. L. quidquid, infr.* Hoc loco dixerit quispiam, non inique fortasse nos fuisse dicturos partem solum ex hac stipulatione stipulanti acquiri, si is partem alteram utiliter stipularetur Titio. Nunc cum ei stipuletur inutiliter, ut postea dicemus, videri ita potius statui debuisse, Titii personam pro non adiecta habendam; proinde tanquam subducta Titii persona, æquum esse solida decem stipulatione comprehensa stipulanti deberi.

3 † Et huic dubitationi occurrere videtur Papinianus in *dict. L. si mihi, 110. infr.* qui cum posuisset ex hac stipulatione mihi et Titio, deberi mihi sola quinque, ita subiicit: ***pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.*** Sensus est: ***Pars aliena***, id est, quam alii sum stipulatus, nempe Titio; ita deducitur, id est, subducitur, detrahiturque de mea, ut quamvis inutiliter eam stipulatus sim, tamen mihi non acquiratur, ut sic quæsita, et meæ juncta augeat meam partem: et hoc, quia extraneo stipulatus sum: in quo inest hæc ratio, quia stipulatus sum extraneo, non mihi. Optima ratio: hoc enim cum fit, neque illi acquiri potest, prohibente jure; neque mihi, cessante voluntate, ut est in *L. multum, §. si quis alii, vel sibi, et L. si genero, C. de jur. dot.* Ergo, ut proposui, ex hac stipulatione, mihi et Titio decem dari, sola quinque stipulanti debentur. Sed ex hac stipulatione, inquam, ubi communiter et semel utrique decem stipulor, de qua specie nunc agimus. Nam si stipulatus sim singulis decem, hoc modo, mihi decem et Titio decem dare spondes? non puto in tam aperta stipulatione ambigendum esse, quin decem solida debeantur ei, quem constet solida sibi esse stipulatum, de quo disserui ad *L. stipulatio ista, §. cum, qui ita, supr. eod.* † Quod ad Titium attinet 4
etsi de eo nihil nominatim a veteribus definitum legimus: tamen hoc posito, quod illi definierunt, ex hac stipulatione, mihi et Titio decem dabis, me sola quinque mihi stipulari videri, alia quinque Titio; intelligitur satis sua sponte, quid de eo tenere debeamus. Id autem est, huic nec obligationem ullam acquiri, nec quidquam a promissore solvi posse. Jam primum ex hac stipulatione obligationem aut actionem ei non acquiri constat, non magis, quam ex illa, mihi aut Titio dari: in totum enim alteri stipulari non possumus. *L. stipulatio ista, §. alteri, supr. eod.* Et hoc sit alteri stipulationi cum altera commune. At in eo jam etiam in persona Titii longe dissident, quod ex priore saltem solutio confertur in Titium; unde et ei solvi potest, etiam invito stipulatore. *d. §. plane, Inst. de inut. stip.* Ex hac posteriore in Titium plane nihil confertur, ac ne solutio quidem. Id, superioribus illis positis non tam intelligitur, quam efficitur necessario. Sic autem colligitur: aut enim volumus ea quinque illi solvi, quæ mihi debentur, aut ea quæ illi sum stipulatus. Quæ mihi debentur, ea illi solvi non possunt quia non sum stipulatus illi dari, sed mihi tantum; quæ vero illi dari stipulatus sum, ea neque mihi, neque illi debita, fieri non potest natura, ut cuiquam solvi possint: cum solutio non sit, nisi ejus quod debetur. *tit. quib. mo. tol. ob. Inst.* Neque præterea quidquam est, quod illi ex hac stipulatione solvatur; ex quo efficitur nihil hinc illi a promissore solvi posse.

Ad §. *Te et Titium heredem.*

Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est; sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes ejus obligabitur; et quamvis convenisse videatur ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus ejus erit.

SUMMARIA.

1. *In stipulatione hac:* Te et Titium heredem tuum X. daturum spondes? *cautio de uno herede interposita plane est inutilis.*
2. *Heres extra portionem hereditariam pro extraneo habetur.*
3. *Coheredibus an superior cautio proficiat, ita saltem ut Exceptio detur.*

1 Qui † se daturum promittit, frustra certi heredis sui, puta Titii personam complectitur, quem idem daturum promittat: sive id quæritur, ut heres ea cautione obligetur, sive id, ut prosit cautio ejus coheredibus. Ut hoc modo obligetur heres, de eo cavetur frustra. Nam si id agitur, ut obligetur tantum, quatenus erit heres; supervacua cautio est: eum et sine cautione ad eum modum teneretur, utpote in jus defuncti eatenus succedens, qui solus heres est, tenetur in solidum. *L. more, L. heres in omne, supr. de acq. her.* Qui cum aliis, tenetur solum pro portione hereditaria, jure ipso ita æs alienum inter heredes dividente. *L. 2. C. de her. act. L. pacto successorum. C. de pact. L. ea cum. C. fa. erc.* Sin id agitur, ut ex multis heredibus stipulatoris obligetur onus in solidum; stipulatio improbatur legibus. Ut enim cavendo, contrahendoque extraneum obligare nemo potest; *L. 3. C. ne ux. pro ma. L. 1. C. ne fil. pro pat.* sic nec heredem suum ultra portionem he-
2 reditariam; † heres enim extra hanc portionem non est heres; ac proinde extraneus habendus est *L. si adulta. C. de her. act. L.*
3 *cum a matre, Cod. de rei vind.* † Sed quæ illi stipulatio non nocet, quo magis obligetur, an prosit coheredibus, quæsitum est. Movet, quod cum defunctus promittit Titium heredem suum solum daturum, id cavet, aut ne cæteri coheredes obligentur, aut ne possint conveniri a stipulatore, qui de pecunia a Titio tantum danda stipulatus est. Julianus ait inutile pactum conventum coheredibus ejus futurum; unde intelligimus, quod proposui, cautionem de uno herede interpositam plane esse inutilem. Et certe non id efficit, quin cæteri coheres ipso jure obligentur. ac nec potest. Nam si defunctus promisit et obligatus est, in hanc obligationem succedunt heredes omnes. *L. veteris, C. de cont. et com stip. d. L. more, supr. de acq. her. L. 1. et 2. supr. de bon. poss.* Alioqui heredes non sint: cum hereditas nihil aliud sit, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. *L. nihil aliud, infr. de verb. sig. L. hereditas, infr. de reg. jur.* Sed cur non prosit cautio saltem hactenus, ut exceptione tuti non possint conveniri, non abs re dubitatur. Nam Julianus pactum conventum subesse fatetur, non ad obligationem cæterorum, ut quidam hic nugantur, sed ad liberationem: ne ab his petatur videlicet, sed a solo Titio. Porro constat ita quibusdam heredibus consuli concessum esse, ut non consulatur aliis. *L. avus, supr. de pact.* An ideo non prodest pactum cæteris, quia non aperte convenit? sed tacitæ conventiones non minus valent, quam noncupatæ. *L. 2. L. 4. sup. de pact.* An quod principalis promissio fuit inutilis, ideo et pactio promissioni implicita non valebit? ne id dixerimus; nam si cautio duo continet: Unum, ut solus obligetur Titius, alterum, ne petatur a cæteris: nihil prohibet ita priorem conventionem de solo Titio obligando esse inutilem: ut tamen utiliter caveatur, ne a quibusdam licet jure obligatis petatur. Alterum enim caveri jus prohibet: alterum recte fit ex edicto de pactis. Neque vero utilis pactio vitiatur per aliam inutilem. *L. 1. §. sed etsi mihi, supr. eod.* Sic res habet; quidquid inter aliquos de re privata et familiari convenisse constabit, conventio justa est, prodestque ex edicto ad exceptionem.

L. juris gentium. L. sed cum nulla. §. ait. §. si pariscar, supr. de pact. Nec ad rem pertinebit, quod ea conventio erit inutilis, quæ tacitam conventionem implicitam in se habet: etiam si maxime quæ inutilis est, sit principalis; ea quæ tacite inest, non tantum sit illi consequens, sed etiam accessoria. Idque hoc argumento evidenter declaratur. Nam cum creditor pretium, quod sibi debebatur, debitori donasset, quo facto et pignus, quod in eam caussam obligatum erat, tacita conventione remisisse intelligebatur; proponeretur autem donationem aliqua de caussa esse inutilem: tamen placuit nihilominus servandam esse conventionem tacitam, atque adeo accessoriam de pignore, eoque et pignus satis remissum videri: tantum ideo, quod quæ caussa donationem impediret, ea locum non haberet in pignore. *L. 1. §. 1. supr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Legimus quidem inutilem stipulationem nec tanquam pactum valere; sed non valere, ut obligetur scilicet promissor eo pacto de ea re, quæ in stipulatum deducta erat. *L. 1. §. si quis ita, supr. eod. L. 1. §. eum, qui, supr. de const. pec.* Sed nihil hoc ad eam speciem de qua nunc agimus: in qua aperte conventio de alia re facta est, quam de qua promissio est interposita. Hæc ad Titium obligandum pertinet; illa ad coheredes liberandos. Quæ de pecunia a solo Titio danda promissio est, eam fatemur esse ejusmodi, ut quemadmodum ipsa per se est inutilis; sic nec de eadem re danda pactum in se habeat. At illud si certo convenit, ut quamvis teneantur jure cæteri coheredes, tamen ne ab his petatur; dubitari non debet, quin inutilis officere non debeat justæ at concessæ conventioni. Et tamen Julianus, qui hic pactum ejusmodi inesse concedit, idem ait inutile pactum fore coheredibus. Quid ergo est? Dicendum est pactionem omnem, ne ab heredibus petatur aut omnibus, aut certe quibusdam, prodesse quibuslibet heredibus, quibus a defuncto cautum est; quod et edicto de pactis efficitur, et diserte cautum est *d. L. avus, supr. de pact.* sed eam pactionem, quæ simpliciter et pure concepta sit, *ne petatur.* Quod si erit conventio sub conditione, intelligi debet secundum regulam de conventionibus conditionalibus traditam, non aliter conventionem valere, quam si conditio exstiterit. *§. sub conditione, Inst. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Atqui fuit conventio hujus loci conditionalis: convenit enim, ne peteretur a cæteris coheredibus; sed ita, si modo Titius solidum solveret, ut cautum erat. Nam hoc quidem perspicue agebatur, ut creditor ab uno saltem totum consequeretur: utque fuit tacitum hoc pactum, ne peteretur a cæteris; ita et conditionem hanc in se tacitam habuit, quam dixi. Hæc jam conditio non exsistit, ubi Titius nec tenetur jure, nec sponte solvit solidum. Non mirum, si deficiente conditione conventionem inutilem esse dicimus. Ex quo apparet, non propter genus conventionis hoc accidere; sed propter conventionis conditionem, quæ deficit. Quapropter rectissime sentiunt, qui putant, si aperte ageretur, ne liceret a cæteris coheredibus petere sive Titius solidum daret, sive non daret, conventionem heredibus profuturam. Sic enim pura est conventio: cui nihil deesse potest, quominus ex edicto pariat exceptionem.

Ad §. *Qui sibi, aut filio suo.*

Qui sibi aut filio suo dari stipulatur: manifeste personam filii in hoc complectitur, ut ei recte solvatur, neque interest, sibi aut extraneo cuilibet, an sibi aut filio suo quis stipuletur; quare vel manente in potestate, vel emancipato filio recte solvitur. Neque ad rem pertinet, quod qui filio suo dari stipulatur, sibi acquirit: quia conjuncta sua persona stipulator efficit, ut non acquirendæ obligationis gratia, sed solutionis caussa personam filii adprehendisse intelligatur.

Quod si soli filio suo qui in potestate sua sit, dari quis stipulatus sit: non recte filio solvetur: quia filii persona obligationi magis quam solutioni applicatur.

SUMMARIA.

1. *Solutio in quamvis personam stipulationi adjectam recte confertur.*
2. *Pater an recte stipuletur dari sibi aut filio, quem in potestate habet, et quæ dubitandi ratio.*

1 Conveoît recte quemqoe stipulari sibi aut Titio dari, ut Titio solvi possit etiam invito stipulatore, etsi huic soli ex ea stipulatione obligatio acquiritur. §. *plane, Inst. de inut. stip.* Titium cum dicimus, exempli caussa dicimus; placet enim cujuscunque persona stipulationi adjecta sit, recte in eum solutionem conferri: ut, si stipuler mihi, aut Titio filiofam. Mihi, aut Sticho servo Sempronii; mihi, aut pupillo. Jus a nobis supra expositum ad *L. præced.* Et non dubitatur, quin hoc ita sit, si quis stipuletur sibi aut alii extraneo, idest, ei, qui non sit in potestate stipulatoris, ut sic per eum nihil possit stipulanti acquiri. At si quis stipuletur sibi, aut alii, quem in potestate habeat, per quem ideo res alioqui jore acquirantur, hic quæsitum est; sit ne utilis hujusmodi personæ adjectio, an inutilis, ut adjectæ ne solvi qoidem possit. Quod hic tractatum est in patre stipulante sibi aut filio suo, quem in potestate habet: in domino stipulante sibi aut servo suo multo justius quæretur, cum servus is sit, qui teneatur arctiore vinculo potestatis, et per quem sine exceptione omnia domino acquirantur. Sed quoniam de patre hic agitur, ad eum orationem conferemus, idem et de domino intellecturi. ✝
2 Ergo quæsitum est, an pater recte stipuletur dari sibi, aut filio, quem habet in potestate. Dubitatio ex eo, quod de patre filio stipulante generaliter traditum est, hunc ita stipulando sibi acquirere, ut indicat Julianus hoc loco in illis verbis, *nec ad rem pertinet.* Nec temere est, cur ex eo videatur effici, patre sibi aut filio stipulante ne sic quidem filio solvi posse invito patre, ac proinde filii personam inutiliter adjici. Nam si pater filio stipulando sibi acquirit, et hoc de omni stipulatione patris in filium collata dictum est; necesse est etiam tum, cum ille stipulabitur sibi aut filio, stipulationem sic accipi, quasi ipse per omnia sibi ipsi dari esset stipulatus, ut in universum definitum est de iis quibus per alios stipulatio acquiritur, in *L. quodcunque, sup. eod.* Quod si pater in hac stipulatione sibi stipulatus videbitur, satis constat invito eo alii solvi non posse: proinde nec filio. *L. invito, C. de sol.* Julianus regulam supra scriptam de persona solutioni adjicienda in omnium adjectorum persona confirmans, sive sint extranei stipulatori, sive in ejus potestate; statuit hoc loco etiam patrem utiliter stipulari sibi aut filio, quem in potestate habet, ut et filio solvi possit etiam invito patre non secus, quam si cujusvis extranei personam interposuisset. Addit, quod non tam ad præsentem dubitationem, quam ad omnem potestatem solvendi adiecto pertinet, solvi filio posse, non tantum eo in potestate manentr, sed etiam emancipato: quod sic accipiendum esse apparet; non tantum eo in potestate adhuc post stipulationem manente.

sed etiam post eandem stipulationem emancipato: nam de eo, qui tempore stipulationis in potestate patris fuit, quæstio posita est, ut ambigendi caussa ostendit. Et si manentem in potestate intelligimus, qui post stipulationem manet, itidem et emancipatum intelligere debemus eum, qui post stipulationem sit emancipatus; quoniam, cum solutionis verbum ad utrumque factum communiter referatur, etiam pariter et pro eodem tempore referatur, necesse est. arg. in *L. 1. §. 1. supr. de vul. et pup. sub.* Sed de status mutatione adjecti, quæ stipulationem secuta est, scripsi pluribus superiore capite: ac quæstio a dubitatione hujus loci alienior in eum locum rejicienda est. Redeo ad responsum de quæstione proposita, quo, ut dixi, Julianus statuit patrem recte stipulari sibi aut filio, ut et filio solvi quandoque possit. Obstabat Juliano superius illud dictum de patre filio stipulante. De eo ergo respondet in hanc sententiam; Quod dicitur patrem filio suo, stipulantem sibi acquirere, etsi dicitur generaliter, tamen de eo patre accipiendum esse, qui stipuletur tantum filio, non sibi, ut apertius hoc expressum est a Papiniano in *L. Stichum, §. quæsitum infr. de sol.* Ad rem autem propositam, id est, ad eum, qui stipuletur sibi aut filio, de quo nunc quæritur, non pertinere. Hac ratione, quod cum hoc modo prius sibi stipuletur pater, manifestum sit eum filii personam adjicere solutionis tantum caussa, non acquirendæ obligationis gratia: id est, non ut obligationem acquirat per filium solum, sed solum ut filio recte solvatur, ut initio interpretator. Quibus verbis significat prius hoc se generaliter statuere, et sumere pro confesso, patrem filio stipulantem ita demum sibi acquirere, si stipuletur obligationis acquirendæ gratia, non solutionis tantum caussa: nisi enim hac generali sententia prius posita, quæ sit propositionis loco, ex ea ratione, quam inde assumit Julianus colligi nihil potest: ut insit in ratione Juliani argumentatio, cujus partes si explicentur, argumentatio talis futura fuerit: Qui stipulatur filio dari, quem in potestate habet, sibi acquirit, sed ita, si obligationis acquirendæ caussa stipuletur non ut filio tantum solvatur. At cum pater stipulatur sibi aut filio, manifesta personam filii complectitur non obligationis acquirendæ gratia, sed solutionis tantum caussa. Proinde ita filio stipulando pater solutionis facultatem in filium collatam sibi non acquirit, eoque nec acquirendo in se transfert, ut consequens sit eam facultatem, uti ab initio in filium collata est, sic et in persona ejus consistere. Quando igitur acquirendæ obligationis caussa pater stipulari intelligatur filio, si quis roget, respondet ille id fieri, cum pater soli filio stipulatur: ideoque hoc casu probat filio solvi non posse invito patre. In hac ratiocinatione iis concessis, quæ posita sunt, quam recte colligat, quamque apte objectionem diluat Julianus, apparet. Sed ipsa illa duo, quæ antecedunt, propositionem dico, et assumptionem, in dubium vocari possunt; quamobrem et ipsa aut confirmationis, aut certe explicationis indigent. In primis propositio: quæ duabus de caussis falsa videri potest. Primum quod cum generaliter traditum sit patrem filio stipulantem sibi acquirere, Julianus id revocet ad unam speciem stipulationis: nimirum ejus, in qua pater obligationis acquirendæ caussa stipuletur, non autem solutionis tantum gratia. Deinde quod neget id quod pater stipuletur filio etiam solutioni caussa patri acquiri. Quorum alterum est adversus generalitatem verborum definitionis, ac proinde vitiose, et contra legem rectæ interpretationis statui videtur; arg. *L. item veniunt, §. petitam, vers. a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publici.* Alterum videtur statui etiam adversus jus manifestum, quo cautum est omnia a patre in filium profecta ad patrem redire sine exceptione. *§. 1. Inst. per quas pers. no. acq.* Sed recte utrumque Julianus. Nam, quod dictum illud superius veterum interpretatur de eo quod pater stipuletur filio obligationis acquirendæ caussa, facit ille quidem præter verba, sed facit, natura rerum de quibus agitur, ita rogente, et hanc interpretationem exigente. De stipulatione patri acquirenda definitio concepta est. Acquiret sibi pater quod filio stipulatus fuerit sed ita, si sit aliquid quod stipulatione in filium collatum natura sua possit acquiri, ut sic a filio possit ad patrem reverti jure. Quod si nihil est, quod conferatur in filium, id ut per interpositam personam filii patri acquiratur, natura non concedit. Atqui cum pater stipulatur filio obligationis acquirendæ caussa, hic subest res jure, quæ consistat, quæque a patre in filium conferatur. Proinde jure quoque recte efficitur, ut hæc ad patrem redeat, unde profecta est, atque ita illi acquiratur. Ubi autem sibi prius stipulatus personam filii adjicit tantum solutionis caussa, hic dicitur quidem verbis solutio in filium conferri: *§. plane Instit. de inut. stip.* verum, ut superiore capite docui, re vera nihil confertur. Non enim confertur jus obligationis: eum nec in ex-

traneum adiectum quidquam conferretur amplius quam solutio. *d. §. plane.* At etiam plus dico. Ne factum quidem ipsum, quo pecuniam solutam accipiat, stipulatione in eum confertur, accipere enim ille potuit et sine ulla stipulatione; neque vero præter hæc quidquam ea adiectione in adiectum conferri potest. Ex hac quidem stipulatione mihi aut Titio filio dari, nascitur facultas solvendi Titio, quæ nulla foret nisi stipulatione esset constituta; sed hæc facultas confertur in promissorem, cujus est solvere; non in filium cujus est accipere, quod solvitur. Ita fit, quod dixi, ut cum a patre sibi stipulante adiicitur filius solutionis caussa, hic in filium nihil conferatur. Quod si nihil confertur, perspicuum est in eo nihil esse, quod pater illi stipulando per interpositam ejus personam sibi acquirat; prius est enim ut sit aliquid in illo, aut collatum in filium, quam ut a filio, aut per filium ad patrem redeat. Itaque huc non pertinet, quod constitutum est, omnia a patre profecta ad patrem reverti: postea quam hic nihil a patre in filium proficiscitur. Constat igitur Juliano ratio interpretationis suæ. dum quod dicitur, ubi pater stipulatur filio, ipsum sibi acquirere, sic interpretatur: si acquirendæ obligationis gratia id faciat: si solutionis caussa, non item. Cujus probationem ideo videtur prætermisisse, quod pro minime dubio habuerit, quoties quis adiiceretur stipulationi solutionis caussa, illic nihil esse, quod in adiectum conferatur, ubi autem nihil confertur, ibi natura ipsa docet fieri non posse, ut ab eo ad alio quidquam redeat. Atque hæc de propositione, quam ex assumptione intelligi diximus, satis. Ipsa etiam assumptio nonnihil habet dubitationis. Quæritur enim, unde ita tandem manifestum dicat Julianus, cum pater stipulatur sibi aut filio, hic filii personam adiectam non esse obligationis caussa, sed solutionis; cum et verba stipulationis generalia sint, filio dari: et filii conditio non minus capax sit obligationis acquirendæ, quam admittendæ solutionis. Et id apparet ex eo, quod pater prius sibi stipulatur. Etenim si de obligatione patri quærenda agitur, satis ipse hoc facto sibi eam quæsivit statim; quæ semel quæsita non modo supervacuum sit ad eam denuo quærendam filii personam adiungere, sed etiam ridiculum: quia nec si velit possit jam quæsitam amplius sibi quærere non magis, quam quod nostrum est, amplius nostrum fieri potest. *§. sic itaque, Inst. de act.* Si solutionis solius caussa adiici intelligitur filius, cum pater stipulatur sibi aut filio suo, idque ideo quia pater prius sibi stipulando obligationem sibi satis quæsivit: contraria de caussa necesse est intelligi tunc demum patrem stipulari filio obligationis acquirendæ gratia, cum non stipulatur sibi, sed soli filio. Ex quo et illud evenire necesse est, quod extremo loco de hac parte posuit, ut filio hoc casu invito patre nec solvi possit, nedum is possit invito patre ex ea stipulatione agere. Nam si acquirendæ obligationis caussa stipulatur pater soli filio, ipse juxta regulam supra scriptam de acquisitione stipulationem sibi acquirit; eoque modo totam in se transfert, quasi sibi ipsi stipulatus esset, non filio. Quo posito fit locus regulæ juris, invito eo qui soli sibi stipulatus est, alii solvi non posse. *d. L. invito, C. de sol.*

Ad §. *Qui ita stipulatur, decem.*

Qui ita stipulatur: *decem quoad vivam dari spondes?* confestim decem recte dari petit: sed heres ejus exceptione pacti conventi summovendus est; nam stipulatorem id egisse, ne heres ejus peteret, palam est. Quemadmodum is qui usque in Kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post Kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur; nam et heres ejus cui servitus prædii ita concessa est, *ut quoad viveret, jus eundi haberet*: pacti conventi exceptione summovebitur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio.* Decem quoad vivam, dare spondes? *an sit in diem.*
2. *Stipulatio hæc an perpetua sit, an morte stipulatoris finiatur.*
3. *In stipulatione proposita aliisque negociis aut in legatis obligatio ad diem aut conditionem constituta cur non post tempus finiatur.*
4. *Heres mortui stipulatoris petens pacti exceptione submovetur.*
5. *In stipulationum divisione in* §. Omnis. Instit. h. t. *proposita, cur non fiat mentio ejus diei aut conditionis, ad quam usque placeat pecuniam, deberi.*

Stipulatus quis est, *decem, quoad vivam dare spondes?* De hac stipulatione duo quæruntur; unum, an sit in diem; alterum sitne perpetua, an vero stipulatoris morte
1 finiatur. † Prior quæstio hinc nascitur quod stipulatio sic accipi potest, et ut nos putamus, debet, ut videantur in eam deducta esse decem annua, quoad vivam: ut proinde jam incipiat dubitari, an quia decem promissa sunt singulis annis (nihil enim interest, utrum decem annua quis stipuletur, an decem in singulos annos. *L. nec semel*, §. *novissime, supr. quan. di. leg. ced*) ideo decem peti non possint, nisi finito unoquoque anno, sitque hic singulorum annorum stipulatio similis illi, cum quis hoc anno dari stipulatus est, de qua in *L. qui hoc anno, supr. eod.* Ad hanc dubitationem minuendam referri debet, quod hic Julianus statim respondet initio, decem ex hac stipulatione confestim peti posse; significat enim stipulationem non esse in diem, sed puram, postquam ex ea statim agi potest, §. *omnis, Inst. eod.* Et hoc caret dubitatione omni, si hic decem una semel tantum dari promissa sunt non decem annua; annui enim mentione detracta nullus omnino dies adjectus proponitur: ut dubitari non possit, utrum differendæ solutionis caussa adjectus sit, an non sit. Et hoc modo stipulationem esse accipiendam nonnulli defendunt: sed non est, cur in eo nunc laboremus. Nam id, de quo nunc agitur, idest an statim agi possit ex hac stipulatione, necne; utrum decem semel, an decem annua promissa sint, nihil interest: cum et de hac stipulatione, decem aureos annuos, quoad vivam Justinianus idem scribat in §. *at si ita, Instit. eod.* quod Julianus hoc loco; nisi quod Justinianus pro his verbis confestim peti potest, ait pure factam stipulationem; sed hoc tantumdem valet. §. *omnis Instit. eo. tit.* Neque vero est, cur si admiserimus hic decem annua esse promissa, et dicamus nihilominus ea confestim peti posse, metuamus, ne nobis obstet, quod placet eum, qui hoc anno dari stipulatus est, in diem stipulatum videri, et nisi omnibus anni partibus præteritis agere non posse. *d. L. qui hoc anno, supr.* Nam ut ibi docuimus; utrum uno anno unam summam, an vero pluribus annis eamdem per singulos annos multiplicatam stipulemur, ad solutionem differendam multum interest. Et quod ad me attinet, puto Julianum de stipulatione annua sensisse, et brevitatis caussa ideo prætermisisse verbum *annua*, quia ex his verbis, *quoad vivam*, hæc adjectio satis intelligeretur. Moveor, quod non possunt deberi decem, quoad vivam, nisi singulorum annorum sua decem intel-

ligentur; ut enim una tantum decem promissa sint pure, et tamen secundum stipulationem semper debeantur, quoad vivam fieri non potest. Quid enim, si statim petam, ut possum; et petenti solvantur, ut promissor, quominus id faciat, recusare non potest? nempe me vivo et statim desinent deberi, et quidem ipso jure: ut jam falsum sit ea deberi. quoad vivam. Tum autem si hic decem uoa pore promissa sunt, ut verbis etiam ipsis omnibus constaret puram esse stipulationem. quæ potuit afferri caussa, quominus ea ex jure certo confestim peti posse viderentur? quod si nulla est, non tantum supervacuum fuit id monere, de quo nemo quæreret, sed etiam ineptum id respondere de hac specie potius, quam de cæteris stipulationibus puris: eum deberet in universum definiri ex stipulatione pura confestim peti posse, ut est in *d. §. omnis*, *Instit. eod.* Verum res loquitur ideo Julianum hanc speciem posuisse, de qua id responderet; quod supra, quia esset in ea aliquid, cur videri posset potius esse in diem, quam aliæ, quas vere puras esse constaret; id autem solum præstat annui adiectio ob eam caussam, quam supra dixi. Sed, ut dixi, sive de annua stipulatione sensit Julianus, sive non sensit; tamen sic exemplum accipiendum est, quasi et de annua sensisset; nam et ex ea confe-

2 stim agi potest. *d. §. at si ita*, *Inst. eod.* † Quod secundo loco quæritur, an hæc stipulatio, *decem annua quoad vivam*, perpetua sit, an morte stipulatoris finiatur, quæstio nasci videtur ex contrariis legibus. Nam jus de stipulatione ita constitutum est, ut quidquid verbis stipulationis comprehensum est, id valeat, *de constituta, Inst. de act.* Ac si verba stipulationis hujus sequimur, aperte id agitur, ut mortuo stipulatore nihil debeatur; his enim verbis, *quoad vivam*, inest hæc conditio, si vivam. *L. si Titio, supr. quan. di. leg. ced.* quæ conditio mortuo stipulatore deficit. Ita superiore lege effici videtur, ut mortuo stipulatore nihil debeatur; proinde et finiatur post id tempus obligatio. Sed rursum prohibet jus quod est de finiendis obligationibus, quo jure certi modi constituti sunt, quibus finiatur quæque obligatio, ut solutio, acceptilatio, novatio, et similes nonnulli. Solus consensus non est in hoc numero, nisi in iis obligationibus, quæ et ipsæ solo consensu contrahuntur, et hac quidem lege, dum is interponatur rebus adhuc integris. *§. ult. Instit. quib. mod. tol. obl. L. nihil tam naturale. infr. de reg. jur. L. ab emptione. supr. de pact.* Utrum igitur sequendum sit, quæritur. Et Julianus hoc loco non tantum in specie stipulationis propositæ, sed et aliarum quarundam conventionum similium collectis exemplis in universum ostendit, quoties aliquid promittitur ad diem vel certam, ut usque ad Calendas illas, vel incertam, idest, ad conditionem, ut quoad vivam, et quod idem valet. eo usque donec moriar: toties probandum esse, quamvis dies venerit, aut conditio exstiterit, tamen adhuc stipulatorem, aut heredem ejus petere posse; sed petentem exceptione pacti conventi summovendum. Quo significat id, quod de hac stipulatione apertius scriptum est in *§. at si ita*, *Inst. eod.* et pure hic factam obligationem intelligi et perpetuari; sed heredem petendo pacti exceptione summotum iri. Et ratio ibidem adiecta est, quia ad tempus deberi non possit; ac cur non possit; si quis roget, ea est, quam de vi conventionis ad tiniendam obligationem supra exposui, quam eandem Paulus in hac quæstione reddidit in *L. obligationum fere, supr. de obl. et act.* quia quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi: in quibus ostendi pactum non esse. Quæ lex obligationem certis tantum modis tolli concedit, aliis tolli vetat. Ea autem contra legem pactio est, qua id fieri paciscimur quod lex prohibet. *L. contra. supr. de leg. ac.* quæ contra legem est pactio, ea est inutilis. *L. 7. §. 1. ait. L. jus publicum, supr. de pact.* Jus non tantum ad stipulationes pertinens, sed et ad traditiones rerum hoc pacto concessarum, ut penes possessorem essent usque ad tempus, ut constituuntur interdum servitutes, ut hic declaratur, et *L. 4. supr. de ser.* Nec tantum ad ea, quæ geruntur inter vivos sed etiam ad legata ad diem aut conditionem relicta: nam et in his minus leges servandæ sunt; *d. L. obligationum*, vers. *plane, de obl. et act. L. nemo. supr. de leg.* 1. † Sed cur in stipulatione proposita non 3 servatur potius illa altera lex de stipulatione, ut quoniam stipulatione comprehensum est, ne post tempus debeatur, hactenus etiam valeat stipulatio? idemque licet de legato et quidem multo magis quærere. Nam et de supremis voluntatibus servandis hæc lex est, uti quisque legassit suæ rei, ita jus est. *L. verbis legis*, *infr. de verbor. signif.* Cur non igitur, si defunctus fundum leget Titio, ut sit ejus quamdiu vivet voluntas secundum superiorem legem rata sit, ideoque mortuo legatario fundus non perveniat ad heredes? Quia in aliis legibus certi modi præstituti sunt, inquies, quibus quod alicujus esse cœpit, illius esse desinat: in quibus non est nuda conventio, aut nuda voluntas testatoris. Sed hoc quæro, cur ex

duabus legibus inter se pugnantibus placeat hanc potius servari, quæ stipulationem aut legatum perpetuando, voluntati contrahentium aut testatoris volentium obligationem post tempus extingui adversetur? Hæc caussa est, quod lex quæ stipulationem inter aliquos contractam aut legatum a testatore relictum valere jubet, generalis est ad omnes stipulationis et legati partes, idest, et ad initia, et ad progressum, et ad finem ista rum rerum pertinens. Lex autem altera quæ est de finienda stipulatione, omnique alia obligatione, ad patrem obligationis refertur, nempe ad finem dumtaxat: In toto jure placet speciem generi derogare, et illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. *L. in toto jure. infr. de reg. jur. L. sanctio, infr. de pact.* Enimvero si dic, aut conditione ab initio posita ad differendam obligationem, valet adjectio propter conventionem stipulatione comprehensam; cur non eadem ab initio posita ad finiendam servanda est propter eandem conventionem? quid ab initio liberum est cuique obligationem in se non admittere ante, quam velit: semel contracta et admissa obligatio cum sua natura suscipitur. *L. sicut, C. de obl. et act. L. in commodato, §. sicut, supr. com.* Ea obligationis natura est, ut perpetuo teneare, nisi jus te liberet, cujus juris etiam vinculum est obligatio: sic enim definitur *Inst. de oblig.* Ut autem obligationis contrahendæ: ita et contractæ tollendæ certas et constitutas caussas esse placuit: in his posterioribus non esse contrahentium conventionem solam jam sæpe diximus. Apparet igitur certa juris ratione fieri, quominus aut in stipulatione proposita, aut in ullis aliis negotiis, aut etiam in legatis obligatio ad diem aut conditionem constituta, post tempus finiatur. Ex eo evenire necesse est: ut quamvis his adjectis nihilominus sit perpetua. Sed † etsi jure
4 summo etiam post tempus actio competit; convenit tamen inter omnes post tempus petentem exceptione pacti summoveri posse, ut hic traditum est, et *d. l. obligationum, de obl. et act. l. 4. supr. de ser. §. at si ita, Instit. eod.* Quod ex edicto de pactis sumptum est: quo edicto omnia pacta ad exceptionem valent, quæ modo non sint contra leges. *L. 7. §. sed cum nulla, et §. ait, supr. de pact.* qualis est hæc conventio, ne mortuo stipulatore pecunia petatur. Illa quidem contra leges esset pactio, qua id ageretur, ut post mortem stipulatoris desineret deberi; ideo hoc pacto juri publico non derogari, sed obligationem nihilominus perseverare concedimus. Sed non repugnat legibus pacto id effici, ne quod promissor debet, ab eo petatur; est enim hoc pactum de re privata et familiari: de qua stipulatori et cuivis alii pacisci licet, in eoque deteriorem juris sui persecutionem constituere. *d. L. 7. §. si paciscar, L. pactum, supr. de pact. L. pen. C. eod.* † Ex quo non immerito quæri potest, quid sit, cur in divisione stipulatio- 5
num, quæ ex diei et conditionis adjectione, itemque detractione ducta est in *§. omnis, Instit. eod.* nulla fiat mentio ejus diei aut conditionis, ad quam usque placet pecuniam deberi: cum tamen et hæc ad finiendam obligationem adjici soleant, et ut ostendimus, conventio non sit inutilis. Dicemus recte fieri, quia cum de vi stipulationis ex his rebus explicanda ageretur, non debuerit de alio die aut conditione agi, quam quæ utiliter adjicerentur jure, idest, quæ adjecta aliam efficerent stipulationem, et agendi vim, quæ ex stipulatione nasceretur, minuerent; nam si obligationis et actionis potestate Jure Civili eadem manente tantum aliqua exceptio adversus actionem ex conventione ab initio interposita datur; non magis ea conventio ad stipulationis naturam immutandam pertinet, quam illæ pertinent pactiones, quæ postea interponuntur; quæ tamen et ipsæ pariunt exceptiones. Atqui et dies et conditio, ad quæ usque aliquid deberi placet, jure ad eam rem adjiciuntur inutiliter, nec in eo præcedentis obligationis vim aut statum mutant. Nihil igitur ad naturam stipulationis, quæ jure constituta sit, explicandam pertinent. Valent illa quidem ad exceptionem, si post tempus constitutum agatur: sed non nascitur hæc exceptio ex stipulatione, verum ex conventione contra stipulationem. Nam si ex stipulatione esset, quod post tempus agi non potest, ipso jure agi non posset, liceretque promissori negare se ex stipulationi teneri; quoniam Jure Civile valet, quidquid ex stipulatione defenditur. *§. de constituta, Inst. de act.* Utile est de exceptione pacti hic moneri, ne quis ad diem aut conditionem obligationem plane inutiliter constitui existimet; sed hoc ex edicto de pactis ducitur, non ex stipulatione. Quare, ut dixi, nihil hæc ad vim aut naturam stipulationis pertinent; proinde et cum de natura stipulationis ageretur, recte sunt prætermissa.

Ad §. *Qui ita stipulatur, ante Calendas.*

Qui ita stipulatur, *ante Kalendas proximas dari spondes?* nihil differt ab eo qui Kalendis dari stipulatur.

Idem scriptum est, quod hoc loco, in *L. qui ante*, 13. *supr. eod.* vide quæ in eum locum diximus.

Ad §. *Qui proprietatem.*

Qui proprietatem sine usufructu habet: recte usumfructum dari sibi stipulatur. Id enim in obligationem deducit, quod non habet, sed habere potest.

SUMMARIA.

1. *Rem quam habemus, aut quam habere non possumus, non recte stipulamur.*
2. *Dominus proprietatis nudæ, an usumfructum sibi dari recte stipuletur*, et n. 6.
3. *Dominii duæ partes, Proprietas nuda, et ususfructus*, et n. 5.
4. *Dominium transferre ex caussa legati vel ex stipulatu qui tenetur, ob'igationi non satisfacit, si fundum ita tradat, ut fructus emolumentum retineat.*
7. *Ususfructus definitio declarata.*
8. *Dominus, cui ususfructus fit controversia, qua actione experiatur.*

1 Neque eam rem quam habeo, possum
stipulari, neque eam quam non habeo qui-
dem, sed habere non possum; utraque enim
pariter mihi dari non potest. Prior, quia
satis quæsita non potest mihi acquiri am-
plius: posterior, quia nullo modo potest
acquiri. Solum autem recte dari stipulamur,
quod et dari potest. *L. si stipulor, supr. eod.*
2 ✝ Hinc quæstio hoc loco de usufructu, quem
nudæ proprietatis dominus sibi dari a fru-
ctuario stipuletur. Non habet is quidem u-
sumfructum, ut hac parte nihil sit impedi-
mento stipulationi: sed alterum illi videtur
deesse ad stipulandi jus, usumfructum habere
posse videlicet. Nam si vera est et perpetua
definitio ususfructus, ut sit jus utendi fruendi
alienis rebus, quæ traditur in *L. 1. supr.
de usufru. et in Inst. eod. tit*, non potest,
qui fundi dominus est, ejus fundi usumfru-
ctum habere: quia non possit dici frui re
aliena, qui sua fruitur. Julianus, qui de
posteriore ex superiore definitione dubitari
sciret, hoc potissimum consulto removens, ait
eum, qui proprietatem sine usufructu habet,
ideo recte usumfructum stipulari, quia in
stipulatum deducat non solum quod non ha-
bet, de quo nemo ambigit; sed etiam quod
habere potest, de quo poterat dubitari: ni-
mirum ut hinc probet usumfructum illi dari
posse; ac proinde rem esse ex earum genere,
quæ in stipulatum deduci possint. Hæc sen-
tentia nihil verius, neque certius: quæ res
in caussa fuisse videtur, cur hujus rei proba-
tionem prætermiserit. Tantum enim abest,
ut qui proprietatem habet, usumfructum ha-
bere non possit: ut solus habet usumfructum
dominus, nisi sit voluntate ejus, aut interdum
jure ususfructus alii constitutus. Jam primum
ususfructus dominii pars esse dicitur. *L. 4.
supr. de usufr. et quem. quis ut. l. cum filius,
§. dominus, supr. de leg.* 2. Ac de jure fundi
ita loquitur Paulus in *L. si ita*, 126. §. 1.
infr. eod. quasi fundi sit plenum jus quod-
dam, quod dominium vocamus, ✝ cujus juris 3
duæ sint partes, proprietas nuda, et ususfru-
ctus. Adjicitur quidem in *dict. L. 4. in mul-
tis caussis:* sed hoc generaliter verum est,
cum dominium absolute nominatur. ✝ Itaque 4
qui fundum dare, seu fundi dominium tran-
sferre debet vel ex caussa legati, vel ex sti
pulatu, placet eum non videri obligationi
satisfacere, si fundum ita tradat, ut fructus
emolumentum retineat, quia fructus habeat
instar portionis, *d. L. cum filius, §. dominus, L.
Mævius, §. pen. de leg. 2. et hac L. §. seq. dict.
L. si ita* 126. §. 1. *in fin. infra eod.* ✝ Quod si 5

Ita est, qui dominium habet, is dominii jure etiam usumfructum certam dominii partem obtinet. Et ita loqui auctores juris certum est. *Qui proprietatem habet, utendi fruendi jus separatum non habet*, inquit Ulpianus *L. uti frui. in prin. supra, si ususfr. pet.* habet igitur, etsi non separatum. Et ne hic jus utendi fruendi aliud interpretemur, quam usumfructum; in *L. si cum testamento*, §. *pen. supr. de exc. rei jud.* aperte dicitur ususfructus domini esse jure proprietatis, seu ex illa caussa, ex qua fundus domini erat. Postremo in *L. si ita*, 126. *infra eo.* alius esse dicitur ususfructus qui per se sit, alius, qui proprietatem comitetur. Et quomomodo non habeat usumfructum dominus, cum sola dominii utilitas versetur in utendo fruendo, ac sine eo jure proprietas sit plane inutilis? Inde tot modis placuit exstingui usumfructum, et ad proprietatem reverti, dum cavetur scilicet ne in totum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, ut est in *L.* 2. §. *ult. supra, de usufruc. et in* §. 1. *Instit. eod.* In quam sententiam vere dictum est a Cicerone *Lib.* 7. *Epis.* ad Curium, *id cujusque esse proprium, quo quisque utitur et fruitur.* Accidit quidem interdum ut dominus, seu qui proprietatem habet, usumfructum non habeat, quia sit a domino alii constitutus, aut etiam jure: quod posterius in quibusdam caussis receptum est, ut in bonis adventiciis filiorumfam. constitutione Justiniani. Sed vel hæc ipsa constitutio declarat prius usumfructum apud dominum fuisse: cum enim constituitur, dicitur a proprietate separari. §. 1. *Inst. de usufr.* Non separatur a proprietate, nisi cum proprietate conjunctus fuerit; et cum finitur, dicitur ad proprietatem reverti. *d.* §. 1. *d. L.* 2. §. *ult. supr. de usufr.* nempe quia ab ea prius dis-
6 cesserat. ✝ Quare habere usumfructum potest, qui nudam proprietatem habet, et quidem non paulo meliore jure, quam is qui usumfructum separatum habet. Proinde et eum utiliter usumfructum sibi stipulari tanquam rem quam non habeat, et tamen habere pos-
sit, recte dictum est. ✝ Quid sibi vult igitur, 7
quod absolute definitur ususfructus jus alienis rebus utendi fruendi? quia in usu juris quoties ususfructus simpliciter nominatur, intelligitur usufructus servitus, seu ususfructus a proprietate separatus. Arg. *L. uti frui, supr. si usufr. petat.* idque in omnibus locis licebit observare, qui sunt innumerabiles, in quibus ususfructus fit mentio, ut hic, et §. *seq. et L. qui usumfructum, infr. eod.* Id eo fit, quia cum de usufructu sermo est, sic de eo agitur, ut de re per se consistente; incorporali illa quidem, sed tamen ea, quæ intelligatur esse, et in jure consistere dicatur, *Inst. de reb. corp. et incorp.* Non potest intelligi ususfructus res esse per se consistens, nisi sit a proprietate separatus; nam qui adhuc cum proprietate conjunctus est, is per se non consistit, sed in proprietate dumtaxat: nec jure utendi fruendi habetur, sed proprietatis tantum, ut est in *d. L. si cum testamento*, §. *pen. in fin. supr. de exc. rei*
jud. ✝ Unde cum domino fit ususfructus 8
controversia, et ipse hunc sibi asserere vult, placet eum non posse ita agere, ut intendat sibi uti frui jus esse, sive ut usumfructum suum vindicet, quod fit confessoria actione, necessaria ei, qui servitutem vindicat; sed eum rem vindicare debere, cujus ipse est dominus, ut quoniam jure proprietatis in ea re usumfructum habet, et eo jure usumfructum petit, constituatur id judicium, in quo de proprietate agitur. Id autem est rei vindicatio, nimirum ut proprietate actori eo judicio constituta etiam jus utendi fruendi conjunctum sequatur. *d. L. Si cum testamento*, § *pen. et d. L. uti*, *supr. Si ususfr. pet.*

Ad §. *Si a te stipulatus fuero.*

Si a te stipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eumdem fundum detracto usufructu ab alio stipulor, prior stipulatio non renovabitur: quia nec solvendo fundum detracto usufructu liberaris; sed adhuc a te recte fundi usumfructum peterem. Quid ergo est? cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usufructu fundum stipulatus fueram.

SUMMARIA.

1. *Novationis jus vetus quale.*
2. *Novatio an fieri videatur, si stipulatus fundum ab aliquo, eumdem fundum detracto usufructu ab alio stipuletur.* et n. 4.
3. *Debitorum plurium, qui eandem rem ex diversis caussis lucrativis debent, si unus ex una caussa rem solverit, cæteri quamvis maxime extranei liberantur.*
5. *Promissor fundi, si fundum detracto usufr. solvat, usufructus adhuc peti potest, et cur.*
6. *L.* Si ita stipulatus. 126. §. 1. infr. h. t. *explicatur.*

1 SIC fuit jus vetus de novatiune, ut eum id quod mihi aliquis debet, ab aliu stipulor, solo interventu novæ personæ novatio fieri intelligeretur; sic enim hoc jus refertur in §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* nec quidquam adjicitur. Sed hæc verba, eum stipulor id quod mihi aliquis debet, ἐμφατικῶς sic accipienda sunt, eum idem ipsum stipulor, non aliud, nec minus, sed tantum-
2 dem. † Hinc quæstio de specie proposita, videaturne hic novatio fieri, cum a te fundum Sempronianum stipulatus, eundem fundum detractu usufructu ab alio stipulor. Negat Julianus; quia nun totum eundem fundum stipulor a posteriore promissore. Ad quod demonstrandum utitur hoc argumento, quod, si eum fundum mihi deberes, eum solvisses detracto usufructu, non liberareris, sed adhuc a te recte fundi usumfructum peterem; quod et ipsum responsum est in eo, qui fundum legatum detractó usufructu solvit, in *L. Mævius. §. pen. et L. cum filius. §. dominus; supr. de leg.* 2. Non dubium est, quin quod non liberaris, ex ea re fiat, quia verum sit te non solvisse, quod debueris. Sed an aliud posteriore stipulatione continetur, an minus potius, quam aliud? hoc est, quod quærit, et explicat postea, cum ait. *quid ergo est? cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usufructu fundum stipulatus fueram.* His verbis ostendit quale sit id, quod quæsivimus; nempe cum ab alio stipulor eundem fundum detractu usufructu, hac stipulatione magis me stipulari minus, quam aliud; et quoniam parum erat id intelligi, si nullum usum haberet, id maluit declarare ab affectu; quippe hujus rei effectum hunc esse, quod si tu qui mihi eundem fundum promisisti, eum mihi dederis: is quoque liberatur, a quo detracto usufructu fundum stipulatus eram. Efficitur hoc, inquam, ex illu, si utraque stipulatione eandem
rem contineri posuerimus. † Sic enim regula 3
juris est, ut eum plures eandem rem ex diversis caussis lucrativis debent, si unus ex una caussa rem solverit, cæteri quamvis maxime extranei liberentur. *L. omnes debitores, supr. de obl. et act.* Sed hoc, inquam, si eadem res debeatur ab omnibus, quod fit cum debetur eadem species, ut fundus: §. *si res aliena, Inst. de legat.* non item si res diversæ, quod fit, cum singuli quantitatem, licet eadem summa, debent, veluti decem. *L. Titio Sejo, in princ. supr. de leg.* 2. Ergó cum Julianus in proposito te mihi fundum solvente etiam posteriorem promissorem liberari dicit juxta regulam superiorem; nempe ex eo intelligimus id quod præcedit, rem unam utraque stipulatione contineri, quæ a te et item a posteriore promissore ex caussa lucrativa mihi debeatur. Quæstio, quæ quam appositissime subjicitur prioribus, cum ex iis posset dubitari, an quia nun idem per omnia venisse in posteriorem stipulationem dixerat, ideo contineretur aliud; quam ob id attigit, quia utrum contineretur idem, an aliud, ad

liberationem posterioris promissoris multum referret. Et recte eandem rem in proposito utraque stipulatione contineri ostendit: re vera enim et a te et a promissore posteriore stipulor idem ex parte: ab utroque nimirum
4 ejusdem fundi proprietatem. † Quod ad novationem attinet, de qua præcipue hic agit Julianus, supervacuum est hodie quærere, an si eundem fundum ab alio stipuler detracto usufructu, novatio fiat: propterea quod etiam si eundem fundum pleno jure ab alio stipuler eodem modo, ut a te prius stipulatus eram, nihilo tamen magis fiat novatio ex constitutione Justiniani, qua effectum est, ne posteriore stipulatione interposita aliter fiat novatio quam si nominatim dictum sit posteriorem stipulationem novandi animo interponi.
5 *L. ult. C. de novat.* † Quod ait, si promissor fundi fundum solvat detracto usufructu, usumfructum adhuc peti posse, non fundum, id dicit quod et confirmatur in *L. Mævius*, *§. pen. supr. de leg.* 2. quod et recte dicitur. Cum enim rei promissæ pars soluta est, pro ea parte debitor liberatur: ut consequens sit eum in reliquam partem solum teneri. *L. stipulatus.* 9. *§.* 1. *infr. de sol.* Fundo autem promisso, juris fundi quæ quodammodo sunt partes, proprietas et ususfructus, ut *§. superiore* docuimus: proinde proprietate soluta, ac pro ca parte liberato debitore, necesse est solum usumfructum remanere in obligatione, qui ab eo petatur. Nam quod dicitur re debita soluta, quandiu aliquid juri rei deest, tamdiu ipsam rem adhuc peti posse, et debere: *L. etiam, supr. de sol.* de eo jure dictum est, quod ad totum fundum obtinendum pertinet, ac proinde ad utramque juris partem obtinendam, idest, tam ad usumfructum, quam ad proprietatem: qualis est cautio, qua nobis de toto fundo obtinendo caveri velimus adversus periculum evictionis, ut declaratur hujus cautionis exemplo *in dict. L. etiam. de sol. et L. Julianus*, *§.* 1. *infr. eod.*
6 † Videtur tamen dissentire Paulus in *L. si ita stipulatus*, 126. *§.* 1. *infra eod.* Ibi enim eum, qui separatim promisisset fundum detracto usufructu, et separatim usumfructum ejusdem fundi, distinguens ab eo qui semel eum fundum pleno jure promisisset; quorum tamen uterque prius solvisset usumfructum separatim, deinde amisso eo tradidisset proprietatem sine usufructu: hoc modo differre alterum ab alteru docet, quod prior liberetur, alter non liberetur: Sed hoc in extremo complectitur iis verbis, quæ superiori sententiæ videantur plane adversari: verba autem hæc sunt: *illæ liberatus est dando usumfructum: hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno jure fundum effecerit stipulatoris.* Sed in extremo membro illa verba proxima præcedentis membri, *dando usumfructum*, repetenda sunt, et ita accipienda, ut ad utrumque promissorem pertineant: ut sit sensus, Ille, qui separatim proprietatem nudam, et usumfructum promisit, liberatus est ab initio dando usumfructum, nempe pro ea parte: ut consequens sit eum deinceps in solam proprietatem teneri. Hic autem qui fundum pleno jure promisit, eundem usumfructum dando nulla parte obligationis exoneratur, id est, ne pro ea quidem parte, quam in usufructu solvit: nisi postea et proprietatem cum usufructu conjunxerit, ut sic plenum jus fiereret stipulatoris. Et vero ita locus accipiendus est omnino: cum cur isti promissores in proprietatis solutione separentur nulla ratio sit: in usufructu autem manifesta. Tradita ab utroque promissore proprietate, solvitur ab utroque, quod illi debuerunt: et quoniam solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio juxta regulam juris: *Inst. quib. mod. tol. ob.* etiam pro ca parte liberari eos necesse est, si ex ea liberatione nullum est incommodum stipulatori, arg. *L. in executione. §. pro parte infr. L.* 5. *in fin. supr. eod.* Atqui eam liberationem non nocere stipulatori perspicuum est. Etsi enim deest ususfructus: tamen cum postea petendo facile consequetur. Ut persequeretur quamvis aliam partem, cum aliam ejus fundi partem prius accepisset. Nec periculum erit, ne cum usumfructum postea consequetur, videatur diversorum fundorum partes consequi: nam si ejusdem fundi usumfructum consequitur, ut eum consequi oportet: non potest fieri, quin eo soluto ejusdem fundi partes habere incipiat, proprietatem et usumfructum. Quæ res facit, ut dixi, ut quemadmodum in aliis rebus, sic in hac partis solutio etiam ejus partis liberationem afferre debeat debeat. *d. §. pro parte.* Et cur proprietate accepta stipulator eandem postea peteret, qui eam jam satis habet? At enim deest ususfructus. Nempe hoc restat, ut hunc etiam nunc a promissore stipulator accipiat, ut sic plenum jus in eo fundo incipiat esse stipulatoris. Verum hoc consequatur ille, non proprietatem petendo, quam habet; sed id petendo, quod non habet: is autem est ususfructus. Ad quod probandum, ut nulla alia caussa posset idonea afferri: tamen hæc una abunde sufficit, quod ad officium Magistratus pertineat lites deminuere. *L. quidam, supr. si cer. pet.* Dissimilis caussa est usufructus prius soluti. Nam si hunc ab eo solutum proponas, qui fundum pleno jure pro-

misit: primum non solvitur id, quod promissor debuit: etsi enim una cum proprietate promisit usumfructum: non tamen eum promisit, qui separatus esset, sed qui cum proprietate conjunctus: nunc autem separatum solvit. Quo fit, ut vel secundum regulam juris aliud solvendo liberari non possit. Deinde si ea solutione pro ea parte liberatur, non potest id contingere sine manifesta injuria stipulatoris; nam is ususfructus amitti potest iis omnibus modis, quibus ususfructus a proprietate separatus amittitur: eo autem amisso tamen futurum est, ut nihilominus solum proprietatem sine usufructu debeat is, qui de usufructu prius liberatus fuerit. Quod contra futurum est, si conjunctus cum proprietate ususfructus solutus erit; hic enim, quia proprietatem comitatur, ut proprietas, est perpetuus. Ut ergo ad locum redeamus, Paulus in d. *L. si ita stipulatus*, §. 1. *infr.* de usufructu prius soluto loquitur, cum negat promissorem eo facto ulla in parte liberari, quod non negamus; de proprietate tradita non loquitur: cujus solutionem etiam pro ea parte liberationem afferre in quovis promissore et juris et æquitatis ratione effici ostendimus; proinde nihil locus huc pertinet.

Ad §. Si hominem quem a Titio.

Si hominem quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub conditione promiserit, et is pendente conditione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero: nec Sejus existente conditione obligetur. At si Titio acceptum fecissem, Sejus existente condictione obligari potest. Idcirco hæc tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Sejus obligaretur: acceptilatione interposita, superest homo quem Sejus promiserat.

S U M M A R I A.

1. *Conditionalis novationis vis. et n. 5.*
2. *Conditionalis novationis species hoc §. proposita.*
3. *Novandi animum aliter veteribus, aliter hodie ex Justiniani constitutione probari.*
4. *Novandi animo interpositam stipulationem posteriorem in specie hujus §. an Julianus senserit.*
5. *Duo ad explicandam vim conditionalis novationis Juliano hoc loco proposita.*
7. *Novandi animo posterior stipulatio sub conditione interposita, an pendente conditione priorem obligationem puram differat.*
8. *Conditione pendente, sub qua novatio interposita est, cur prior debitor, qui ab initio pure obligatus statim conveniri poterat, non etiam et nunc eadem stipulatione manente possit.*
9. *Sub conditione ab obligatione pura liberatus, sub contraria conditione incipit debere.*
10. *L. Julianus, supr. de cond. ind. explicatur.*
11. *Conditione novationis pendente, cur mortuo homine promisso post moram statim cum debitore priore agi possit, cum eo adhuc vivo prior suspendatur obligatio.*
12. *Conditione posterioris stipulationis pendente, an et quomodo prior debitor in mora esse dicatur.*
13. *Conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ existente, et an quando novatio fiat.*
14. *Homo promissus si post moram prioris debitoris, antequam conditio novationis existat, decesserit, cur posterior promissor non obligetur.*
15. *Conditione pendente si creditor priorem debitorem acceptilatione liberaverit, cur, si vivo adhuc homine promisso conditio exstat, omnimodo novatio fieri intelligatur.*

Cum id quod mihi pure debetur, stipulor ab eodem, aut ab alio novandi animo, si quidem pure, statim novationem fieri constat. † Sin sub conditione, placuit quidem

etiam hoc modo fieri novationem; sed tunc
demum, cum conditio extiterit. Ut pendente
conditione pendeat etiam novatio; deficiente,
nulla sit, ac solum prior obligatio maneat
§. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* *L. quo*
ties, infr. de novat. Et recte, tunc demum,
cum conditio exstiterit: deficiente enim con
ditione, retroversus nulla stipulatio ab initio
fuisse intelligitur. *L. pecuniam. supr. si cert.*
pet. ut quæ in hunc casum concipiebatur,
si quid contigisset. §. *sub conditione Inst. eod.*
non potest autem prior obligatio transferri
in posteriorem, ubi posterior nulla est. Cir-
ca vim istam, quam posui conditionalis no-
vationis nonnulla quæruntur; de quibus est
2 hic locus. † Sed prius, quam illa explico,
quæ sint hoc ante omnia statuendum puto,
proponi hic speciem novationis illius con-
ditionalis, quam dixi, hujusmodi: cum ho-
minem quam Titius mihi pure debet, no
vandi animo stipulor a Sejo sub conditione.
Nam quod de animo novandi nihil adjici-
tur, non facit, quominus Julianum intelli
gere debeamus, hoc sensisse, posteriorem
stipulationem hoc animo esse interpositam.
3 † Sic enim jus erat apud veteres, ut si
quis quod sibi pure deberetur, stipularetur
ab alio, hoc ipso novandi animum fuisse
intelligerent, quod nova persona in posterio-
re stipulatione intervenisset. §. *præterea,*
Inst. quib. mod. toll. obl. Non sic probatur
hodie hic animus ex constitutione Justinia-
ni, fateor. *L. ult. C. de novat. d. §. præterea*
Sed de eo nunc non agitur, quomodo is ani-
4 mus probetur; † solum hoc quæritur, an
de hac specie ita scripserit hoc loco Julia
nus, ut dum me eundem hominem a Sejo
stipulatum esse sub conditione proponit, in-
telligat stipulatum esse a me animo novandi,
ut hoc expressum est in *d. L. quoties, infr.*
de novat. et perspicuum est ex jure vetere,
quo utebatur, hoc illum sensisse. Nec minus
hoc eum sensisse responsum ejus declarat,
cum ait in proposita specie posse statim cum
Titio agi, si homo promissus pendente con-
ditione post moram Titii decesserit. Nisi
enim posteriorem stipulationem stipulatio-
nem novandi animo interpositam esse fin-
geret, semper cum Titio confestim agi po-
tuit, sive decessisset. Stichus promissus, sive
viveret: quia Titius ab initio pure debuit;
5 de qua re paulo post plura. † Est ergo hic
locus de vi superioris novationis sub con-
ditione interpositæ. Sed quid in ea quæra-
tur, videndum est ut in verbis hujus loci
paulo obscurioribus, quid Julianus de ea re
explicari voluerit, possit facilius intelligi.
Sic ego habendum est. Ex iis tribus, quæ
de vi posterioris stipulationis conditionalis
supra diximus, illud absoluti juris est, quod
dicitur, deficiente posterioris stipulationis
conditione priorem manere obligationem,
qualis ab initio fuerat. Hoc enim futurum
erat, si nulla nova intervenisset: quod et
nunc factum est, ubi posterioris conditio non
exstitit.
† Duo habent dubitationem: quorum al- 6
terum pertinet ad id tempus, quo conditio
quidem non exstitit, sed tamen adhuc pen-
det; aliorum ad id tempus, quo conditio ex-
stitit. Nam quandiu pendet conditio, quæ-
tionis est, an quoniam interim novationem
non fieri dicimus, idcirco posterior stipu-
latio nullam vim habeat ad priorem obli-
gationem immutandam. An vero, quia etsi
novatio facta non est, pendere tamen eam
certum est, ob eam caussam si non valet
ad tollendam priorem obligationem at sal-
tem valeat ad differendam: ut dici possit,
si quod Titius mihi pure debet, stipulatus
sim a Sejo sub conditione, Titium quidem
pendente conditione nullo modo liberatum
esse in præsentia, verumtamen interim cum
eo agi non posse. Postquam autem conditio
extitit posterioris stipulationis, quoniam fieri
potest, ut quo tempore exsistit, non fuerit
in rerum natura res, quæ deberetur, aut
prior obligatio ante sublata sit, quæ duo
ad novationem faciendam necessaria viden-
tur: ideo quæritur, an perpetuum sit, quod
dicitur exsistente conditione novationem fieri;
proinde et Sejum posteriorem debitorem
teneri; an vero hactenus hoc verum sit,
quatenus et res in stipulatum deducta ex-
stabit, et prior debitor etiam tunc manebit
obligatus. Hæc sunt duo, quæ complexus
est hoc loco Julianus ad explicandum; de
quibus dicit quam brevissime ille quidem
et velut summo digito rem procul indicans:
tantum tamen, quantum diligenti et attento
lectori ad utriusque partis definitionem sit
satis. † Atque ut prius dicamus de eo tem- 7
pore quo conditio pendet, et quo de prio-
ris tantum debitoris obligatione quæritur,
de eo ita scribit: *si hominem, quem a Titio*
pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub con-
ditione promiserit, et is pendente conditione
post moram Titii decesserit, confestim cum
Titio agere potero. Hic pendente conditione
statim cum Titio priore debitore agi posse
aperte dicit. Sed adjicit conditionem, si ho-
mo promissus pendente conditione post mo
ram ejus decesserit; qua adjecta satis signi-
ficatur, si homo promissus adhuc vivit, aut
mortuus est quidem, sed sine mora Titii,
cum eo pendente conditione agi non posse.

id enim ex conditione posita recte colligitur per contrarium, quod argumentum fortissimum nominatim Papinianus in *l. 1. vers. hujus rei, supr. de off. ejus. cui mand. est jur.* et recte; plus quam enim stulta est conditio, si etiam detracta ea cum Titio confestim agi omni modo potest; quod tunc fieret, si posterior stipulatio in proposito novationis caussa interposita non fuisset: ut jam vel hoc unum certissimo argumento esse possit verum esse, quod supra monuimus, posteriorem stipulationem ita hic a Juliano proponi, ut velit intelligi animo novandi interpositam fuisse: sine quo responsum superius consistere non posset. Ex quo colligimus, pro eo tempore quo conditio novationis conditionalis nondum exstitit, hanc esse de proposita quæstione Juliani sententiam: Posteriorem omnem stipulationem sub conditione novandi animo interpositam non liberare quidem priorem debitorem pendente conditione, quia nondum novatio facta sit: attamen hanc vim habere ut priorem obligationem quamvis puram differat, id est, hoc efficere, ne interim cum Titio priore debitore agi possit: quandiu spes erit exsistente conditione posteriorem stipulationem committi, et ita prioris obligationis novationem fieri posse: quod fit, quandiu homo promissus pendente conditione exstabit: quod si certum esse cœperit eam stipulationem committi non posse, ut quia homo promissus pendente conditione decesserit; hic jam posteriorem stipulationem ad priorem obligationem immutandam nihil momenti habere: eoque et de priore ita judicandum esse, ut fieret, si nulla posterior stipulatio secuta esset. Proinde si homo promissus sine mora Titii decesserit, non modo cum Titio agi non posse, quia ejus obligatio differat, sed in totum eum liberari juxta regulam juris de interitu rei debitæ traditam in *L. si ex legati, supr. eod.* Sin post Titii moram, tum eadem regula effici, ut confestim cum eo agi possit. Ita fit in summa juxta conditionem hoc loco adjectam, ut, Titius prior debitor pendente conditione posterioris stipulationis conveniri non possit duobus temporibus; si homo promissus exstet, aut si sine mora debitoris decesserit; contra pendente conditione uno tantum tempore cum eo agi possit nempe si homo promissus post moram ejus decesserit. In his duo in dubium vocantur: quæ si recte explicamus, sententia superior, quam hujus loci esse ex verbis apparet, erit constituta. Primum hoc statuimus, quamvis posteriore stipulatione conditionali, pendente conditione, novatio non fiat: tamen ejus hanc vim esse, ut interim si res promissa exstabit, cum priore promissore agi non possit. Nec dubium est quin enim a Juliano dicitur cum eo confestim posse agi, si res promissa decesserit, hac conditione deficiente, idest, re exstante, contraria sententia aperte statuatur: idque ego non tam vidisse acuti ingenii esse arbitror, quam non vidisse oscitantiæ aut tarditatis. † Hic tamen contra 8
dicitur a nonnullis, et quidem prima ratione videtur contra statui debuisse. Nam Titium priorem debitorem ab initio pure obligatum fuisse, nec posteriore stipulatione conditionali, quandiu pendet conditio, novationis jure liberatum esse constat. Quid igitur caussæ afferri potest, cur, qui ab initio statim conveniri poterat, non etiam et nunc eadem stipulatione manente possit? Nempe quia non eadem manet vetus obligatio quæ prius fuerat, quippe ab ea recessum est posteriore stipulatione quamvis conditionali. Prior promissor posteriore conditionali stipulatione non liberatur. Ita est. At liberatur sub conditione, qua exsistente et novatio futura est, et novationis jure liberatio continget etiam invito creditore. Ex quo et prioris obligationis conditio immutari intelligitur, ut quæ prius pura fuerat, nunc incipiat esse sub conditione, sicut et posterior quæ novationis caussa interposita est. † Sic 9
enim habendum est; Quisquis ab obligatione pura liberatur sub conditione, is sub contraria conditione debere incipit. A Titio pure hominem stipulatus fueram; eum a Sejo novandi animo stipulor sub conditione, si navis ex Asia venerit; ut sub hac conditione Titius liberatur, ita exinde sub contraria conditione mihi teneri incipit, si navis ex Asia non venerit. Quod ex iis, quæ de adempto sub conditione legato in testamentis tradita sunt, intelligitur. Nam si testator fundum ab herede legaverit pure; deinde cum postea adimat sub conditione, si navis ex Asia venerit, atque ita heredum sub hac conditione a præstatione legati liberet: quod prius legatum fundi purum fuerat, incipit esse conditionale, quasi sub contraria hac conditione datum, si navis ex Asia non venerit, *L. aliquando, supr. de cond. et dem.* Et hæc quidem hujus sententiæ ratio est admodum exposita. Quod si auctoritas sententiæ quæritur, bene vulgo eam confirmari putant *L. pecuniam, supr. si cert. pet.* quod etsi quidam repudiant: nihil est tamen ad eam rem melius, aut certius. Stichum mihi pure debebas; hunc a me delegatus jussu meo promisisti Attio sub con-

ditione; pendente caussa conditionis placet me a te eum hominem petere non posse: *quoniam* inquit Jabolenus *incertum est an ex ea stipulatione deberi possit.* Et recte: si enim conditio exstiterit, non debebis mihi sed Attio cui delegatus es. Idem plane et in proposito dicendum est. Debebas mihi Stichum pure: eundem stipulatus sum a Sejo sub conditione: pendente nimirum conditione eum a te non potero petere, eadem ratione: quia incertum sit, an ex stipulatione mihi debiturus sis; nam si exstiterit conditio, novatio fiet, qua priore obligatione liberatus non debebis. Sed opponitur ab iisdem illis huic sententiæ. *L. Julianus. supr. de cond. ind.* in qua hoc dici putant; si idem eandem rem promiserit pure, et alia stipulatione sub conditione: hunc, quasi sub contraria conditione ex priore stipulatione debere cœperit, si interim solvat, solutum condicere posse. Sin autem duo sint, quorum unus mihi promiserit pure, alter postea eandem rem promiserit sub conditione novandi animo, eum, qui prius pure debuerit, etiam nunc pure; debere eoque si interim solvat, non condicere. Sed qui hoc dicunt, si locum paulo expendissent diligentius, reperissent utrumque plane in

10 versa sententia illic statui. ✝ Paulus in ea re, quæ mihi duabus stipulationibus promissa est, una pure, altera sub conditione novandi animo, interesse scribit, utrum unus idemque promissor mihi duabus his stipulationibus separatim interpositis promiserit: ut, si quod Titius pure mihi debet, ab eo stipuler postea sub conditione; an vero diversæ personæ idem fecerint, ut in ea specie quam tractamus, si quod Titius pure mihi debet, stipuler a Sejo sub conditione. *Dissimile hoc est*, inquit Paulus; at in quo dissimile? *quia in stipulatione*, inquit, *pura et conditionali eundem debiturum certum est;* nec quidquam præterea Paulus adjicit. Quam ergo dissimilitudinem his verbis notare ille voluit, videamus. Et perspicuum est verba hæc non referri ad duos promissores, sed ad unum illum, qui bis idem promisit, prius pure, deinde sub conditione novandi animo. Quid autem efficitur ex eo, quod ex his duabus stipulationibus unum hunc debitorum esse certum est? nempe hoc, ut si hic pendente conditione solvat, repetere non possit. Ideo enim quasi pure debere intelligitur, quia semper eum ex alterutra stipulatione debiturum esse certum est. Nam si exsistit conditio, debebit ex posteriore: si deficit, debebit ex priore. Quoties autem debetur quid sub ea conditione, quæ omnimodo exstitura est, sive in sub conditione, ut certum sit conditionem obligationis exstituram, atque ita certum sit debiturum iri: perinde est, quasi pure deberetur, eoque solutum repeti non potest. *L. quod si ea d. L. Julianus: illic similemque esse. supr. de cond. ind.* Idemque satis colligitur per contrarium ex *d. L. pecuniam, in fi. supr. si cert. pet.* Atqui Paulus hanc speciem, cum unus eandem rem pure et sub conditione promisit, dissimilem esse dicit illi, cum duo eandem rem mihi promiserunt, unus pure, alter sub conditione novandi animo. Ex quo necesse est intelligi in ea repetitione soluti, de qua tractat, hactenus esse dissimilem, ut si ex duobus istis promissoribus prior ille qui pure initio debuit, pendente conditione solvat, repetere possit tanquam sub contraria conditione debitum solutum, ac proinde indebitum. Et vero, ut de loco nonnihil obscuro et ad quæstionem propositam magnopere pertinente hoc obiter explicem, eam esse Pauli sententiam quam dixi, ani nadversa ejus propositione, et iis quæ sequuntur ad institutum ejus accommodatis, facile intelligi poterit. Dixerat Paulus, cum quis quid promisit hoc modo, *sive navis ex Asia venerit sive non venerit*, hunc si pendente conditione solvat, repetere non posse quia omni modo debuerit is, quem ex alterutra conditione semper, debiturum esse certum est. Obstabat ei quorundam sententia de hac specie: nam ubi quis quod pure debet, promisit sub conditione, si navis ex Asia venerit; in qua specie licet animadvertere eundem promissorem debere sive navis ex Asia non venerit, sive venerit: hic quidam putabant, si promissor pendente conditione solvat, eum solutum repetere posse. Hoc Paulus negat in extremo responso: et quidem ei negandum est, si vult tueri quod prius posuerat, eum qui promisit sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, interim solutum repetere non posse. Illi probabant in superiore specie solutum posse repeti hoc argumento: *idem enim esse, ac si* (sic enim legendum esse, ut in vulgaris exemplaribus sequentia declarant) idem esse, inquam, *ac si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub conditione novandi animo promisisse:* ubi nimirum iidem illi intelligunt, si is qui pure debuit interim solvat, posse eum condicere. Paulus ostendit argumentum non convenire: quia dissimiles hæ caussæ sint. *Sed hoc dissimile est*, inquit: quasi diceret ex hac posterior specie, ubi duo promiserunt, non recte colligitur idem probandum esse, ubi unus promissor eandem pe-

cuniam debet et pure et sub conditione: quia promissa est dissimilis; cur autem dissimilis, aut qua in re? quia cum unus debet, inquit, ex stipulatione pura et conditionali eum debiturum esse certum est. Quod non fit, ubi duo diversi promiserunt novandi animo, unus pure et alter sub conditione. Nam et eum, qui ab initio pure promisit, certum non est ex stipulatione debiturum. Itaque non tantum *L. pecuniam*, de qua dixi: sed etiam si ea desit, unus hic locus maxime statuit eam sententiam, quam defendimus, et quam hic Juliano placere evidenter apparet, cum scilicet quo Titius mihi pure debet, stipulatus sum a Sejo sub conditione novationis caussa, ne cum Titio quidem pendente conditione agi posse, quandiu res promissa exstabit, id est, quandiu ex posteriore stipulatione spes erit debitum iri. Optima ratione: quia quandiu hæc spes fuerit, incertum sit, an ex priore stipulatione deberi possit; eoque si interim petatur verum sit ante tempus peti videri. ut est in *dict. L. pecuniam. in fin.* Sit igitur prius illud constitutum in specie proposita, quandiu conditio novationis pendebit, etiam Titii, qui pure initio debebat, obligationem in pendenti incipere esse, differire posteriore stipulatione: ut quamvis novatio nondum facta sit, tamen interim cum eo agi non pos-
11 sit, si modo et res promissa exstabit. ✝ Alterum expendamus, quod pro eodem tempore Julianus hic nominatim posuit; si homo promissus pendente conditione post moram Titii decesserit, confestim me cum Titio agere posse: nam hoc in duas etiam difficultates incidit. Primum hic nobis occurritur ex eo, quod paulo ante constituimus: negavimus enim cum Titio posse agi pendente conditione, etiam si homo promissum vivat, qui et natura dari possit. Qui convenit igitur interim cum eo agi posse, ubi homo promissus decesserit, etsi id contigerit post Titii moram? Dices moram Titii perpetuare obgationem. *L. si servum, §. sequitur. infr. L. si ex legati. supr. eod.* Nihil hoc ad rem expediendam pertinet. Nam et vivo adhuc Sticho promissor in mora fuit, quem tamen vivo eo conveniri non potuisse diximus. Nisi forte putamus majorem esse vim moræ, ubi homo promissus decessit, quam cum adhuc vivit. Quod est ridiculum. Ideo enim promissor mortuo homine post moram tenetur, quia qui decessit, fingitur exstare, ut sic efficiatur perinde teneri promissorem post moram suam, ac si homo adhuc viveret. *L. nemo, 82. §. 1. infr. eod.* Plus quam autem absurdum sit magis teneri promissorem, ubi Stichus exstare tantum fingitur, non exstat, quam ubi exstat re vera, ut imagini tribuamus plus, quam ipsi naturæ veritati. Sed res dubitationem non habet, quia homine post moram Titii mortuo non possit propterea cum Titio confestim agi, quia moram fecit; quam et vivo homine promisso multo magis fecerat. Cur ergo, inquam dum home vivit, cum Titio quamvis maxime moram fecerit: et sit res, quam præstare possit, pendente conditione agi non potest: postquam autem homo decessit, quo tempore nihil est, quod præstetur, cum eo statim agi potest? Videndum est, quæ caussa vivo adhuc Sticho suspendat priorem obligationem Titii. Hæc. Sticho mortuo commutata rem expediet. Et quandiu vivit Stichus, tandiu spes est posteriorem stipulationem committi, et per hanc novationem contingere posse: quia et conditio natura exsistere potest, et res est, quæ ex posteriore stipulatione possit deberi. Spes autem novationis et liberationis futuræ priorem obligationem, cujus novatio exspectatur, suspendit in id tempus, dum sciatur, utrum novatio contingit, necne, ut antea diximus. Hinc dilatio ejus obligationis, qua fit, ne cum Titio agi possit pendente conditione, quandiu Stichus vivit. At ubi Stichus decessit, caussa commutatur. Statim certum esse incipit posteriorem stipulationem committi non posse; quia etsi conditio extiterit postea, non tamen res est, quæ inde debeatur: quo fit, ut certum etiam esse incipiat nec inde contingere posse novationem. Ita novationis spe sublata: quæ prioris obligationis differendæ caussa erat, una etiam ipsam dilationem, quæ inde nascebatur, tolli necesse est. Proinde et obligationem Titii, qualis ab initio fuerat, talem et nunc manere: fuit autem pura. Idcirco et nunc pura erit: ex qua proinde confestim Titius conveniri potest. Hoc tamen ita, non si Stichus solum decesserit pendente conditione, sed si, ut diximus, decesserit post Titii moram. ✝ Hic rursum altera difficultas obiicitur ex eo, quod Julianus sic hanc conditionem adiicit, quasi Stichus in proposito pendente conditione posterioris stipulationis post moram Titii mori possit, atqui hoc accidere posse non videtur. Alterutrum enim necesse est, aut post interpositam novandi animo posteriorem stipulationem pendente conditione Titium moram fecisse, aut antea. Post interpositam eam stipulationem moram facere non potuit. Certum enim hoc esse debet, quod supra effectum est, pendente conditione a Titio peti nihil posse, quia sub 12

contraria conditione debere cœperit. Nulla autem mora ab eo fieri intelligitur, a quo aut jure aut per exceptionem peti non potest. *L. si pupillus, infr. eod. L. nulla, infr. de reg. jur.* Rursum antea si fecit, quod fieri potuit; tamen posteriore stipulatione res eo deduci videtur, quasi nec facta esset: placet enim ea stipulatione purgari debitoris moram, idque ita scriptum est in *L. quoties, infr. de novat.* Et ne quis id dictum interpretetur tantum de eo debitore qui idem stipulanti creditori sub conditione promisit: adiicitur in *L. qui decem. §. 1. infr. de sol.* etiam tum debitorem periculo liberatum esse, cum ignorante eo creditore Stichum ab alio stipulatus est. Quæ species est, de qua nunc agimus. Et recte sentiunt, qui monent in *L. quoties, de novat.* referri ab Ulpiano Marcelli sententiam obiter. Proinde hic videndum esse, quid Marcellus de hac re tota senserit. Jam vero hujus sententiam esse expositam in *d. L. qui decem. §. 1. infr. de sol.* quod illic de ea traditum sit, id sequendum esse. Docet autem illic Marcellus posteriore stipulatione conditionali moram prioris debitoris interdum quidem purgari; sed et interdum non purgari. Purgari tunc, cum in posteriore stipulatione interponenda Stichus promissus præsens fuit, ut sic eum pro oblato creditor habuerit, qui et potuit offerri. Non purgari tunc cum Stichus abfuit. Non enim posse intelligi oblatum eum, qui abfuit. Hoc ergo posterius in proposito sic usu venisse intelligemus. Id si contigerit, non convenietur quidem Titius idemque prior debitor pendente conditione, quandiu Stichus vivet. At si pendente conditione Stichus decesserit, quia decesserit post Titii moram idcirco confestim cum Titio agi posse dicemus.

Hæc de vi posterioris stipulationis conditionalis novandi animo interpositæ dicta sunt pro eo tempore, quo adhuc pendet conditio novationis, quo eodem de Titio tantum priore debitore conveniendo quæritur. Alterum tempus erat, quod in hoc genere stipulationis dubitationem habere diximus, quo conditio extitit, et quo novationem fieri a veteribus traditum est, ut jam Sejus in specie proposita solus obligetur Titio liberato. De qua parte breviter definit Julianus hoc loco, atque ita definit, ut totum, quod in hic parte quæstionem habere potuit, complectatur his verbis; *nec Sejus existente conditione obligatur. At si Titio acceptum fecissem Sejus existente conditione obligari potest.* Hic de Sejo tantum loquitur, ad quem solum pertinet stipulatio posterior, quæ est conditionalis, et in hoc solum tempus orationem confert, cum conditio extitit. Quo solo tempore de novatione quærendum est, et an tunc Sejus obligetur. Nam ante non obligari eum constat, qui sub conditione debuit. *§. sub conditione, Inst. eod.* Hunc autem Sejum conditione existente aliquando non teneri ait, aliquando teneri; quod significat aliquando novationem non fieri, interdum fieri; et simul ubi id contingat, ostendit. † Ex quo 13
intelligimus in his verbis hanc sententiam atque hanc definitionem Juliani inesse de proposita quæstione, an existente conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ novatio fiat, et quando; hic distinguendum esse videlicet, ut si ante, quam conditio existeret, Stichus promissus decesserit; quamvis existente postea stipulationis conditione, tamen Sejus non obligetur, idest, nec novatio fiat; idque etiam, si post moram Titii prioris debitoris Stichus decesserit. Quod si quo tempore conditio existit, adhuc homo promissus vivat, hic jam Sejus omnimodo obligetur, idest, omnimodo novatio fieri intelligatur, non tantum si ante, quam conditio existeret, nihil fuerit in Titium secutum, quo ille liberaretur: sed etiam si multo ante creditor ei acceptum fecerit, quod debebat. Et hic quoque utraque pars hujus distinctionis suam nonnullam difficultatem habet; quæ et nobis expedienda est. † Ac 14
primum quod ait, si Stichus ante quam conditio existeret, decesserit, existente postea conditione novationem non fieri, seu Sejum non teneri; si quidem Stichus proponatur ante moram Titii prioris debitoris decessisse manifesta ratione defenditur. Ut enim stipulatio conditionalis committitur, sive existente ejus conditione contrahatur obligatio, rem quæ debeatur, subesse oportet eo tempore, quo conditio impletur. *L. quoties, infr. de novat.* tunc enim primum obligatio existere et contrahi intelligitur, quæ ante fuit nulla. *L. cedere, infr. de verb. signific.* sine re autem, quæ deducatur in obligationem, nulla obligatio contrahi potest. *§ 1. Instit. de inut. stip.* Cum autem Stichus promissus sine mora Titii decessit, hic neque res amplius subest natura, quæ existente postea conditione deducatur in posteriorem stipulationem; neque adeo jure exstare fingitur, cum Titius eo interitu, qui sine culpa ejus contingit, etiam jure sit liberatus. At cum post Titii moram Stichus decessit, mutatur ratio. Etsi enim homo promissus amplius non exstat: tamen propter moram Titii, quæ mortem antecessit, perinde habetur, quasi Stichus viveret, perindeque etiam Ti-

tius tenetur. *L. nemo*, §. 1. *infr. eod.* unde et confestim eum ego agi posse supra dictum est. Cur ergo haec Titii obligatio existente conditione non novabitur, quasi res exstaret? Sed hoc ad explicandum facilius. Post moram videtur res exstare, sed adversus eum, qui moram fecit. Unius mora alteri non nocet, qui modo non sit accessio principalis obligationis. *L. si servum*. §. *nunc videamus*, *infr. eod.* † Altera pars plus habet difficultatis in eo, quod Julianus ait, vivo adhuc homine promisso, si conditio existat, teneri Sejum ex posteriore stipulatione, quamvis ego Titio priori debitore hominem acceptum fecissem. In quo unum sensit Julianus sibi obstare: idcirco etiam diluit. Id autem tale est. Nam si Stichus decessisset sine mora prioris promissoris Titii, et ita Titius liberatus esset, non fieret novatio, quamvis posterioris stipulationis conditio extitisset. *d. L. quoties, infr. de novat.* Quo effici videtur ne tunc quidem fieri novationem debere, cum Titius alio modo a creditore liberatus erit, puta acceptilatione. Huic objectioni tacite sic Julianus occurrit, ut dicat istas liberationes non recte in hac quaestione comparari, quae eandem vim ad impediendam novationem non habeant. Cum enim Stichus decessit sine mora Titii, non fit quidem novatio quamvis existente postea conditione: sed non eo contingit, quia Titius prior debitor eo interitu sit liberatus: verum ideo, quia desit posteriori stipulationi ea res, sine qua nulla obligatio contrahi potest. Non est enim res, quae possit ex ea stipulatione deberi. At cum Titio creditor acceptum fecit ante, quam conditio existiteret, superest homo, quem Sejus promiserat: ut vivo homine si conditio exsistat postea, nihil hic desit, quod necesse sit ad contrahendam ex posteriore stipulatione obligationem. Imo vero deest, dicet aliquis: atque hic rursum adversus eandem sententiam, consistitur. Deest nimirum Titii obligatio, qui ante acceptilatione fuit liberatus. Nam et hanc subesse oportet, quo tempore conditio posterioris stipulationis impletur, si modo ea existente novationem fieri volumus, et Sejum novationis caussa obligari, ut volumus. Fingimus enim a Sejo stipulatum esse me, quod Titius debebat, novandi animo. Titii, inquam, obligationem subesse oportet, si existente conditione posterioris stipulationis novationem fieri volumus. Nam si novatio est prioris obligationis in aliam transfusio; *L. 1. infr. de nov.* non potest, ubi priorem detraxeris, ulla novatio existere: perspicuum est enim priore sublata ne posteriorem quidem ullam intelligi posse, in quam prior quam nulla est, transfundatur. Denique nulla est posterior, quae novet, ubi prior, quae novetur, nulla est. Et hoc ego omnino consequens esse existimo, si concesserimus Titium, ut ei pendente conditione acceptum factum est, ita acceptilatione esse liberatum. Quid ergo est? dicendum est, non fuisse liberatum: ut hac ratione vere dicturi simus nihil ne hic quidem deesse ad novationem prioris obligationis constituendam, si conditio postea extiterit. At quomodo probabitur, eum, cui accepto latum est, non fuisse liberatum acceptilatione: cum constet acceptilatione maxime Jure Civili omnem tolli obligationem verbis contractam? §. *item per. Inst. quib. mod. toll.* Id ex ea re accidit: quod acceptilatione tolli non potest obligatio sub conditione aut in diem contracta, prius quam conditio stipulationis extiterit, aut dies venerit, *L. quod in diem, infr. de ac.* Jam vero cum quod Titius debet, stipulatus sum a Sejo novandi animo sub conditione, si navis ex Asia venerit, effectum est supra Titium sub contraria conditione obligatum esse, si navis ex Asia non venerit. Ita superiori definitioni consequens est, ut si interim ei acceptum fecerim, non prius liberetur, quam certum esse coeperit navem non venisse. Atqui haec conditio non extitit: posterioris enim stipulationis conditionem contrariam existere, idest, navem ex Asia venisse fingimus: ex quo efficitur Titium nullo modo antea acceptilatione liberatum fuisse. Quod si non fuit, relinquitur scilicet ejus obligatio integra, quae recte in posteriorem transferatur; atque ita fit, ut liberetur hoc modo Titius non acceptilatione, sed novatione, et ex eadem Sejus obligetur. Quare recte dicetur in summa, si in proposito pendente conditione posterioris stipulationis Stichus promissus mortuus sit absque mora Titii, tum neque rem superesse, quae debeatur ex posteriore stipulatione, neque obligationem, quae novetur. Ita jure fieri, ne Sejus obligetur, existente postea ea conditione. Quod si Sticho vivo creditor Titio pendente conditione acceptum fecerit, hic contra utrumque ad novationem faciendam esse integrum, et rem quae debeatur, et obligationem priorem, quae transferatur. Proinde et conditione existente novationem fieri, unde et Sejus obligetur.

Ad L. *Si quis, si Titius.* 57.

Idem *lib.* *LIII.* Digestorum.

Si quis, si Titius consul factus erit, decem dari spoponderit; quamvis pendente conditione promissor moriatur relinquet heredem obligatum.

SUMMARIA.

1. *Ex contrahentibus uno pendente conditione defuncto, si conditio postea existat, an quid debeatur*, et n. 3.
2. §. Ex conditionali, Inst. eod. *explicatur.*
4. *Conditionale legatum, an et quando ad heredes transeat.*
5. *Conditionale legatum a stipulatione circa heredum obligationem quid distinguat.*

Et in conditionalibus stipulationibus si
Stichus promissus pendente conditione decesserit, et stipulatione nihil deberi potest, quamvis conditio postea extiterit. quia rem subesse
oportet eo tempore, quo conditio impletur,
ac sine re quæ debeatur, nulla obligatio potest, contrahi, ut docuimus ad *L. eum, qui*
1 *ita, proced.* §. *ult.* † ita, si pendente conditione decesserit unus ex contrahentibus,
par esse videri potest, ut nihil ne hic quidem debeatur, quamvis postea conditio existat; quia, et sine personis stipulantis promittentisve non magis stipulatio possit confici, quam sine re quæ debeatur. Sed hoc
non placuit; et ideo ne similitudinis species
erroris aliquid objiceret, diligenter a veteribus cautum est in hac parte, quod sequatur in personis tum stipulantis, tum promittentis, in hanc sententiam in summa; ut
si quid his pendente conditione humanitus
contigerit, nihil tamen sit impedimento stipulationi. † Ad stipulatorem pertinet, quod
2 traditur in §. *ex conditionali, Inst. eod.* in
hæc verba, *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri. eamque ipsam spem
in heredem transmittimus, si prius quam conditio existat, mors nobis contigerit.* Non est
spes debitum iri, nisi stipulatori, ad quem
debiti commodum redit. Promissor metuit,
ne debeatur. non ex ea obligatione quidquam
sperat. Est igitur hic sensus: si stipulator
cui sub conditione debetur, quique ob eam
caussam sperat conditionem impletum iri,
atque ita fore, ut ea existente pecunia debeatur, pendente adhuc conditione decesserit,
tamen eam spem ad heredem transmitti.
Spem accipe cum effectu, ut scilicet hæc ita
trasmittatur, ut si conditio exstiterit postea,
debeatur ejus heredibus non minus, quam
deberetur ipsi stipulatori, si viveret. Cui sententiæ an quidquam officiat *L. qui Romæ*, §.
Agerius, infr. illic videbimus commodius. † 3
Ad promissorem manifeste pertinet, quod
hoc loco scriptum est, si pendente conditione promissor moriatur, eum relinquere
heredem obligatum. Quod sic accipi debet,
ut relinquat obligatum eodem modo, quo et
ipse promissor fuit, nempe sub conditione,
ut si exsistit conditio, heres obligetur; si
non exsistit, nihil heres debeat. Hæc in personis stipulatorum promissorumque, itemque
in rebus promissis pendente conditione decedentibus aliter atque aliter constituta sunt:
quia ubi Stichus promissus decessit, nulla
res superest omnino, quæ exsistente conditione a promissore deberi possit. Ubi autem
decessit unus ex contrahentibus aut uterque,
nihilominus intelligitur eadem persona jure
superesse, cui debeatur, aut quæ debeat.
Nam mortuis nobis exsistit hereditas, quæ
defuncti personam per omnia sustinet. *L.
hereditas etiam, L. hereditas in multis, supr.
de ac. rer. do.* adita hereditate ipse heres
succedit in locum et jus defuncti, omninoque ita habetur, quasi eadem sit persona
cum defuncto. *L. quædam*, §. 1. *supr. de
eden.* Novel. *de jur. a mor præs.* quo fit, ut
et in stipulationem defuncti quamvis conditionalem eodem jure succedat. Sed an non
hoc videtur adversari veterum sententiæ,
qua constituebant actiones ab heredibus, aut
contra heredes incipere non posse, de qua in
L. unica, C. ut. act. ab her. et cont. her.?
nequaquam. Cum enim conditionalis stipu-

lationis conditio exstitit, placet perinde haberi, quasi stipulatio ab initio sine conditione facta esset, et ad id tempus obligationem referri. *L. potior, in fin.* 1. *resp. supr. qui pot. in pig. hab.*
4 † Idem jus observatur et in legato conditionali, cum de debitore legati agitur, id est, herede. Nam et hic si decedat pendente conditione legati, relinquit heredem suum obligatum, ut relinqueret promissor, si pendente conditione stipulationis decessisset. Nihil enim in hujus herede excipitur, quia hæc testatoris mens est, ut omnino legatum perveniat ad legatarium. Non idem placuit e converso in persona legatarii. Nam hic si decedat pendente legati conditione, nihil debetur ejus heredibus, quantumvis conditio postea exsistat. *L.* 5. *supr. quan. di. leg. ce. L. unica. §. sin autem aliquid, C. de cad. toll.*
5 † Cur hæc tam varie? An quod legatum conditionale non cedit ante, quam legati conditio exsistat: stipulatio conditionalis cedit statim? nam hoc animadverto quosdam scribere. Apage istam sententiam, quæ verbis diserte scriptis refellitur in *L. cedere, infr. de verb. sig.* Nam quod eam confirmant *L. ususfructus, infr. de stip. ser.* quantopere in ejus loci sententia hallucinentur, ex iis intelligi potest, quæ de ea diximus ad *L. si rem meam,* 31. *supr. eod.* Nihilo rectius utuntur hoc argumento, quod stipulator conditionalis dicitur esse creditor: legatarius non item. *L. is cui sub conditione, supr. de obl. et ac.* Ideo enim qui stipulatus est sub conditione dicitur creditor, quia ex sententia legis, quæ creditoribus aliquid tribuit, tanquam creditor accipitur, seu creditoris loco est, ut hoc idem aliis verbis explicatur in *L. creditores,* 10. *et L. creditorum, infr. de verb. sig.* cæterum re vera et absolute non est creditor, cui nihil debetur. *d. L. creditorum, de verb. sig.* Qui autem sub conditione stipulatus est, huic pendente conditione nihil debetur. *d. L. cedere, de verb. sig.* Ideo autem stipulator conditionalis potius ex sententia legis pro creditore accipitur, quam cui legatum est sub conditione, quod ex stipulatione si conditio exsistat, semper futurum est, ut pecunia debeatur. Sive enim exsistet vivo stipulatore, ei debebitur: sive eo mortuo, debebitur ejus heredibus. At ex caussa legati non item est certum semper debitum iri, quamvis conditio exstiterit. Nam si legatarius decesserit pendente conditione, jam diximus heredibus nihil deberi, quantumvis exstiterit conditio postea. Sed de eo alius est plura dicendi locus. Quid ergo hic legatum distinguit a stipulatione? non utique diversitas obligationis, quæ in utroque genere pendente conditione pariter nulla est: sed voluntas eorum, a quibus hæc genera nascuntur. Ut enim jam alibi supra ostendi, alia mens est stipulantis in obligatione sibi comparanda, alia testatoris in legando. Unusquisque sibi stipulando et cavendo hoc animo est, ut cautum velit etiam heredibus suis. *L. si pactum, supr. de prob.* Testator autem legando hoc animo est, ut legatario consulat aut propter ejus merita, ut legata ex meritis ut plurimum proficisci solent. *L. nec adjecit, supr. pro soc.* Aut propter aliquam aliam caussam, qua ad legatarium complectendum privatim afficitur: non item ut consulat legatarii heredibus, erga quos non iisdem de caussis est affectus: imo ne affectus quidem esse potest, utpote quos non novit. Quo fit, ut nisi prius in persona ipsius legatarii constiterit obligatio legati, nihil sit, quod ad heredem ejus transmittatur. Non enim potest ex judicio testatoris, quo heres legatarii destituitur: non ex persona legatarii decessoris sui, quia huic nihil debebatur.

Ad L. *Qui usumfructum*. 58.

Idem *lib. LIV.* Digestorum.

Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum: similis est ei qui partem fundi stipulatur, deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur. Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum: similis est ei qui totum stipulatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. Item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit: nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit. Tunc enim priore obligatione expirante, ex secunda introducitur petitio: et tam iter, quam usus, necnon quinque exigi possunt.

SUMMARIA.

1. *Quæstio hujus L. ejusque occasio.*
2. *Distinctio veterum ad quæstionis explicationem accommodata.*
3. *Usumfructum in fundo, iter in actu, usum in usufructu partis vim habere: et in iis separatim promissis idem juris esse, quod in toto et parte in stipulationem separatim deductis.*
4. *Bis idem promittens, cum prior stipulatio valeret, posteriore nihil agit, nisi animo novandi posterior interposita sit*, et n. 6.
5. *In novatione quod exigitur ut novandi animus specialiter exprimatur, an veteri jure obtinuerit, an vero Justiniani constitutione primum introductum sit.*
7. *Usumfructum partem fundi non esse.*
8. *Fundi appellatione proprietatem non significari.*
9. *Fundus an juris nomen.*

1 Duabus stipulationibus propositis, quarum una ab aliquo partem, altera ab eodem totum stipulati simus, quæsitum est de posteriore, utrum valeat, quasi aliud continens: an vero sit inutilis, quatenus in utraque eadem pars continetur; quam ex parte hujus loci quæstionem esse ex iis quæ Julianus de actu et itinere, de decem et quinque, de usufructu et usu nominatim definit, animadverti potest. Quærendi occasio nascitur ex ea definitione veterum, quæ traditur in *L. qui bis, supr. eod.* cum, qui bis idem promisit, amplius quam semel ipso jure non teneri; cujus sententiam hanc esse diximus, eum, qui bis idem promisit, ita amplius quam semel non teneri, ut si prior stipulatio valet, posteriore nihil agatur, idest, posterior plane sit inutilis. Hic nimirum quærendum fuit, quando posteriore stipulatione contineretur idem, non aliud. Quæstio supervacua, cum idem omni ex parte continetur posteriore stipulatione, idest, neque minus; itaque de eo non agitur. Sed huic tunc locus est, cum incidit ea species, quam initio posuimus; cum scilicet partem stipulatus quis est ab aliquo, et separatim ab eodem totum; sive quod prius partem stipulatus est, deinde totum: sive quod stipulatus est e converso prius totum, deinde partem. Ambigendi caussa ex eo, quod si totum conjunctim per se spectemus, aliud atque aliud contineri videtur utraque stipulatione. Aliud est enim pars, aliud totum; at si totum spectemus ut rem constantem ex suis partibus, existimari potest utraque stipulatione idem pro parte contineri. Nam in toto pars inest. Itaque si prius stipuletur quis partem fundi, deinde fundum, videatur in posteriore etiam partem illam complecti, quam priore stipulatione sibi caverat: cum, ut dixi, in fundo contineatur et pars fundi; et e converso si prius quis stipuletur fundum, deinde ejus

fundi partem, haud dubie postea eam partem stipuletur, quam in fundo priore stipulatione complexus erat. Hine ergo quæstio in hac specie ad superioris regulæ explicationem accomodata, an eum id fit, posteriore stipulatione contineatur idem, ut inde statuamus videlicet, quatenus id fit, eatenus posteriorem stipulationem esse inutilem; quod
2 regula juris, eadem re bis promissa exigit. † Et in hac quæstione statuerunt veteres multum referre, utrum prius stipuletur quis partem, deinde totum: an contra prios totum, deinde partem: ut si quidem prius partem, postea totum, posteriore stipulatione videatur contineri aliud, ac proinde stipulatio in totom valeat: sio e converso prius stipuletur totum, deinde partem, hic posteriore stipulatione contineatur idem, ideoque et ea stipulatione nihil agatur. Hæc distioctio noo obscure significatur in *L. si pupillus. §. ult. infr. de nov.* Non enim solum cum quis stipulatur actum, deinde iter, illic Ulpianus scribit idem, quod traditur hoc loco, posteriore stipulatione nihil agi: sed etiam e converso si quis actum stipulatus sit postea, ait aliud magis stipulari, idque adversativa particula, *sed* inter utramque speciem interposita. Ut intelligamus scilicet in priore specie eum quis actum stipolatur, deinde iter, non solum posteriore stipulatione itloeris nihil agi, quod illic expressum est; sed etiam ideo nibil agi, quia ea stipulatione idem contineatur; quod adversativa sequentis membri indicat, et superiori definitioni veterum consequens est. Io altera autem specie, cum quis stipulatur iter, deinde actum, non solom observemus posteriore stipulatione totius aliud contineri, sed etiam ex contentione prioris speciei intelligamus eam stipulationem esse utilem; quod et ipsum priore illo posito efficitur. Nam si posteriore stipulatione contineatur aliud, stipulationem jure publico valere necesse est; quia superior definitio quæ de eadem re bis promissa concepta est, aperte oou pertinet ad eas stipulationes in quibus aliud atque aliud promittitor. Atqui constat acto etiam iter contineri, aut tanquam partem, aut tanquam rem parti similem, *L. 1. supr. de ser. præd. urb Inst. de ser. in princ.* ot sive pars sit, superiore Ulpiani loco ea senteotia exprimatur, quam dixi; sive parti sit similis, multo magis. Sed eum io toto semper pars insit, eur qui totum postea stipulatur, oon intelligitur in fundo stipulari eandem partem fundi, quam prius erat stipulatus, ot hactenus saltem posterior fundi stipolatio sit inutilis? quia alia pars est, qoam prius stipulatus est; alia, quæ fundo continetur. In toto pars inest; sed pars in toto confusa, pars cum aliis partibus commixta, et conjuncta, non separata. Prius autem partem ejusdem fundi stipulatus est distinctam et separatam ab aliis, quæ in fundo relictæ sunt: cujus separatæ stipulatio, longe aliam vim habet, atque ea quæ appellatione totius comprehensa intelligitur. Nam pars separatim in stipulatum deducta et separatim solvi potest etiam invito creditore, quia sola debebator. Fundo aotem semel promisso etsi singulæ ejus partes continentur stipulatione; quia tamen appellatæ non sunt, nec divisim et particulatim invito stipulatore solvi possunt, sed solum fundus. Adeo ut ne in quaotitate quidem ex decem promissis quinque recte offerantur, si creditor recuset accipere, ut diximus ad *L. 2. §. 1. supr. eod.* Sed rursum si id ita est, eur non et eadem ratione pars posteriore stipulatione promissa dicatur esse alia ab ea parte, quam idem stipolator priore stipulatiooe fundi complexus est? Atqoi eaudem esse dicimus; hac enim de caussa fit, ut posteriore stipulatione nihil agatur. Differentiæ ratio est, quod cum prius stipulatur quis partem fundi, deinde totum fundum: hic totus fundus partem ex sese habet, non ex priore stipulatione accipit, quæ potius mutoabatur partem ex toto. At ubi prius stipulatur totum, deinde partem; hic pars qoæ posteriore stipulatione comprehensa est, deducitur de toto, ut necesse sit eam ipsam partem esse intelligi, quæ priore stipulatione fundi continebatur. Constitota est igitur distinctio illa, quam hic veteribus placuisse dicimos, ut si qois prius stipoletur partem, deinde totum, posterior stipulatio omnino aliud habeat, eoque ut non pertinet ad eam definitionem veterum qua de eo cavetur, qui bis idem promittit; ita quominus valeat, nihil illa definitio sit impedimento. Hinc pendet quæstio et ratio hujus loci. Quod enim de toto et parte, itemque de parte et toto separatim promissis superiore distinctione probatum est, cœpit deinde dubitari, an et ad res quasdam transferendum esset, quæ partes quidem non essent, partium tamen instar habere viderentur. † 3
Hujus geoeris res sunt, ususfructus in fundo, iter in actu, usus in usufructu. Propone aliquem stipulatum esse usumfructum fundi, deinde fundum; aut e converso prius fundum, deinde usumfructom: item prius iter, deinde actum; aut vice versa prius actum, deinde iter; item stipulatum prius usum, postea usomfructom; aut contra prius usumfructum, deinde usum. Et Julianus in summa tria ista quæ proposuimus, partis vim habere

hoc loco statuit. Ideoque et in propositis exemplis idem juris esse de posteriore stipulatione, quod juris esse diximus, toto et vera parte separatim promissis. Prius autem de usufructu id ita esse docet, idque diligentius, quia in hoc major dubitatio esset, tanquam pars fundi habendus. Cætera duo, idest, iter in actu, et usum in usufructu, significat certo pro parte habenda. Nam neque agere nisi eundo, neque frui, nisi utendo possumus. Ideirco et sine conctatione aperte et recta pronunciat, si quis prius stipuletur actum, deinde iter; prius usumfructum, deinde usum, posteriore stipulatione nihil agi, non magis quam cum prius decem, deinde quinque stipulatur. Nihil dicit e converso in his qood juris sit, si quis prius stipulatus sit iter, deinde actum; prius usum, deinde usumfructum, id est, prius quod minus est, et tanquam pars, deinde qnod est majus, et velut totum, quemadmodum fecerat prius in usufructu, ubi quis eum prius stipulatus est, deinde fundum. Quod ideo factum conjiceere possumus, quia nemo facile dubitaturus esset, quin aliud sit actus, qoam iter, aliud ususfructus, quam usus. Cæterum re vera hæc esse aliud cum posteriore stipolatione promissa sunt, alibi nominatim traditur: nempe in *d. L. si pupillus.* §. *ult. infr. de novat.* ut intelligere liceat his posteriore stipolatione, promissis non minus valere stipulationem, quam si vera pars prius, deinde totum promissum esset: proinde ista omnia, quæ partis instar habere dicimus, in quæstione proposita eodem jure habenda esse, quod de vera parte constitutum est. Addit Julianus in extremo exceptionem de novatione, quæ qualis sit suo loco direnius. Sed verba paucis expendamus, ut si quid in bis dubii reliquum est, ordine explicetur. Ait. *qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde fundum.* Cur non dixit esse eum, qui partem fundi stipulatur, deinde fundum, solom similem ei? nempe quia ususfructus, qui jus est, re vera fundi pars non est, ac ne esse quidem potest: de quo ad extremum plura: sed tamen qnia emolumenti, id est, dominii quo fundus obtinetur, pars est, ideo partis instar obtinere dicitur Papiniano, *L. Mævius.* §. *pe. L. cum filius.* §. *dominus, sup. de leg.* 2. Quam et ipsam rationem reddidit hoc loco Julianus, aliis quidem verbis, eadem tamen sententia, cum ita subjicit. *quia fundus dari non intelligitur, si usfructus detrahatur.* Non dicit, quia fundus esse non potest, usufructu detracto; sed quia hoc detracto dari non potest, id est, quia dominium ejus transferri non potest. Id enim dari significat. §. *sic itaque, Inst. de act.* Hoc vero alia de caussa non fit, quam quod dominium fundi constet ex usufructu, ut consequens sit hoc detracto totum et plenum dominium non transferri. Sed quorsum hoc, usumfructum partem fundi videri? quorsum id etiam e converso in sequente specie inculcari, quasi parum fuisset id semel dici ab initio? quorum posterius supervacuum videtur: utrumque etiam alienum. Nam de vi posterioris stipulationis quæritur, de qua Julianum agere ex sequentibus definitionibus similiom exemplorum apparet: qno pertinet etiam quod in hoc initio tam diligenter de duabus stipulationibus proponit. Nunc autem de usufructo respondet, hunc partem dominii esse videlicet, seu videri partem fundi; quid hoc ad vim stipulationis, et ad quæstionem pertinet? Et ex his quæ dixi, intellectum est omnino pertinere, adeoque ex eo uno statui id, de quo quæritur. Nam si ususfructus fundi pars est, aut pro parte habetur, fit locus supra scriptæ distinctioni de parte et toto separatim promissis, quam ex jure notam fuisse diximus. Hoc ergo posuit Julianus, quod erat prius, et ex quo quæstio proposita pendebat, ut ex eo id quod erat consequens, intelligeretur. Itaque cum dicit eum, qui stipulatur usumfructum, deinde fundum, similem esse ei, qui stipulatur partem, deinde totum; nihil aliud indicare voluit, nisi posteriorem quoque stipolationem fundi in totum valere, ut tunc fieret, cum stipulatus esset partem, deinde totum: et e contrario eum dicit eum, qui stipulatur fundum, deinde partem, similem esse ei, qui stipulatur totum, deinde partem; nihil aliud exprimit, quam qnod in actu et itinere, decem et qoinque separatim atque hoc ordine promissis continenter subjicit, posteriore nimirum stipulatione nihil agi: qoia ita jus esset, ubi quis prius totum, deinde veram totius partem stipulatus esset. In qua posteriore specie cum jus dissimile sit a priore, non debet videri supervacuum, quod de hac specie subjicit. Non enim propositum est ei dicere de usufructu, quid sit, de quo jam satis dixerat; sed de vi posterioris stipolationis; quæ vis mutatur prout ea stipulatione aut totum comprehensum erit, aut pars duntaxat. Enimvero cur non potius aperte dixit, in priore specie posteriorem stipulationem fundi valere; in altera autem specie posteriorem stipulationem usufructus esse inutilem; cum de eo præcipue quæreretur? quia in usufructu hoc erat incertius. Non enim dubitabatur, quin cum posteriore stipulatione totum promissum est, cujus pars

prius promissa erat, posterior stipulatio tanquam de alia re interposita valeret: cum autem posterius promissa erat pars, cujus totum prius promissum erat, quin posterior stipulatio esset inutilis. Sed illud erat dubium, an ad usumfructum hæc distinctio pertineret, quia ambigeretur, an ususfructus pars esset, an aliud quiddam; ut et alias quæri docet Cajus in fidejussoris obligatione in usumfructum accepti, cum reus fundum promisisset, non usumfructum. *L. si a reo, §. si reo, infr. de fideic.* Ergo quod erat dubium, de eo respondit, idque statuit Julianus, quia ad cognitionem nostram pertinebat; quod erat juris certi, prætermisit, quia non erat necesse id adjicere, cum esset ejusmodi, quod ex eo quod prius posuerat, continuo intelligeretur. Ex his puto facile intelligi, cum hoc loco de duabus stipulationibus agitur, quarum una partem stipulatus quis est, altera deinde totum, aut e converso; non hoc quæri de posteriore, an ea novet præcedentem, necne; sed an valeat, an non valeat: unde est, quod postea respondetur in tribus exemplis, posteriore stipulatione nihil agi. Quibus verbis non significatur posteriorem stipulationem esse inutilem ad novationem, sed plane esse inutilem. Inter quæ multum interest; fieri enim potest, ut posterior stipulatio ad novationem non prosit, neque eo minus per se valeat, et promissorem obliget. *L. 2. infr. de novat.* Sane qui dicit posteriore stipulatione nihil agi, is etiam vi ipsa satis dicit ea stipulatione novationem non fieri; cum non sit novatio, nisi prioris obligationis transfusio in aliam. *L. 1. infr. de novat.* Sed hoc amplius etiam illud complectitur per se esse inutilem, et non parere obligationem; quod non facit is, qui ad novationem tantum inutilem esse dicit; ut nihil in his proponatur hactenus, cur de novationis jure vetere disputatio huc inferatur, quasi quidquam ad hunc locum pertineat. Proinde recte fit, quod totum hunc locum ad explicationem illius definitionis referimus, qua veteres statuerunt, eum, qui his idem promittit, amplius quam semel non obligari, ut hac ratione, si prior valet, posterior nulla sit. Cum enim in propositis exemplis dicitur posteriore stipulatione nihil agi, hoc statuitur, idem ea stipulatione promitti. Idco enim ex superiore definitione est inutilis, quia bis idem promittitur. Rursum cum in posteriore dicitur aliud contineri, ut *d. L. si pupillus, §. ult. infr. de novat.* non dubium, quin eo referatur, ut sciamus stipulationem ad eam definitionem non pertinere, quia bis idem promissum non sit: coque nihil obstare stipulationi, quominus valeat. Ait, *sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit.* Ex his verbis superiora incidunt in difficultatem. Sic enim hæc per adversativam subjecta sunt, ut appareat Julianum in his quæ sequuntur, statuere voluisse aliquid diversum ab eo, quod prius scripserat; hæc enim vis est adversativæ. Atqui si vera sunt ea, quæ de præcedente specie diximus, et in ea et in his quæ sequuntur, idem jus est de posteriore stipulatione. Agebatur prius de eo, qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum. In ea vero specie quod Julianus dicebat eum similem esse ei qui totum stipulatur, deinde partem, hanc sententiam habere diximus, ut intelligeremus hic quoque posteriore stipulatione nihil agi. An ergo non recte ita accipimus, et interpretatio ex his sequentibus mutanda est? Sed nihil est ea sententia verius, neque ad mentem Juliani quidquam accommodatius. Aperte enim in iis ipsis verbis, quæ modo retulimus, statuit eum qui prius totum, deinde partem stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere. Ut non sit dubium, quin is qui de eo, qui prius fundum, deinde usumfructum stipulatus est, prius illud statuit, etiam posterius, quod est consequens, statuat. Idque eo magis probandum est, quod similes plane sunt hæ species, cum fundum quis stipulatur, deinde usumfructum, et cum stipulatur prius actum, deinde iter. In utraque enim specie prior stipulatio continet id quod majus est, posterior id quod minus, et quod priore continebatur. Quid sibi vult igitur, quod Julianus ista separat? id enim ut dixi, adversativa ostendit. Nisi forte probandum est hic particulam *sed* pro adversativa accipiendam non esse, sed pro conjunctiva, quæ assumptioni subjiciendæ, et cum propositione connectendæ serviat. Quasi diceret; atqui cum quis totum stipulatur; deinde partem, posteriore stipulatione nihil agit, veluti cum stipulatur actum, deinde iter. Ex quo intelligitur conclusio de stipulatore fundi et ususfructus; ergo qui stipulatus est fundum, deinde usumfructum: posteriore stipulatione nihil agit. Sed hic omnia reclamant. Primum particulæ *sed* non temere est hic usus apud Latinos, ut assumptioni connectendæ adhibeatur, sed ut diversum aliquid a prioribus subjiciat. Deinde non potest videri assumptio, quæ ea verba, quæ sunt in propositione, non assumit. Quod hic factum non esse in his verbis, quæ proponuntur, apparet. Postremo ita interpretantibus dicendum erit Julianum hoc loco solum agere de fundi et ususfructus stipulatione

principaliter: ut pote qui per occasionem ejus disputationis solum inserat exempla quæ sequuntur. argumenti et confirmationis loco. At de his apparet agere eum æque principaliter, ut de usufructu, ac de omnibus disserere per comparationem ita, ut statuat in omnibus esse idem. Ita quin hic sit adversativa posteriora a prioribus separans, negari non potest. Ac ne illud quidem potest dubitari, quin adversativa ad proximam speciem præcedentem referatur, ut significet videlicet Julianus aliud esse, cum quis stipulatus est fundum. deinde usumfructum, aliud cum stipulatus est actum, deinde iter. Nam ut ad priorem illam solum referatur, cum quis stipulatus est prius usumfructum, deinde fundum, neque structura orationis patitur, neque vis adversativæ, quæ inter res in speciem similes interponi solet. Constat autem has species longe diversas esse, cum prius stipulamur partem, deinde totum, et cum e converso prius stipulamur totum, deinde partem. Ego non dubito, quin supra scriptis verbis Julianus proximam speciem de stipulationibus fundi, et ususfructus separet ab ea specie, quam subjicit, et cæteris sequentibus. Neque eo minus tamen verum est in his omnibus posteriore stipulatione nihil agi; videndum est enim, in quo istas species separet. Et perspicuum est non separare eum in jure posterioris stipulationis; quod potius idem esse confirmat exemplo ejus, qui prius decem, deinde quinque, idest, prius totum, deinde partem stipulatur, dum in hac posteriore stipulatione nihil agi statuit: sed in certitudine hujus juris dissimiles facit hoc modo: Prius dixerat eum, qui posterius stipulatur usumfructum, similem esse ei, qui posterius stipulatur partem. Quo significat usumfructum non aperte et re vera partem esse, sed parti similem; ex quo timidius intelligendum reliquerat posteriorem eam stipulationem de usufructu esse inutilem. Nunc subjicit per adversativam, aliter de eo pronunciandum esse, qui actum stipulatur, deinde iter. Hunc quidem enim ut superiorem posteriore stipulatione nihil agere; sed hoc addito, ut nihil agat, sicuti nihil agit, qui decem deinde quinque stipulatur. Quæ verba hanc significationem habent. quasi diceret; sed cum quæritur de eo, qui actum stipulatur, deinde iter. non jam huncdicimus similem ei, qui stipulatur totum, deinde partem, ut de eo diximus qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum: sed re vera is est, qui totum stipulatur, deinde partem. Ideo hic posteriore stipulatione nihil agit eodem modo, quo certum est eum nihil agere, qui decem, deinde quinque stipulatur: idest, aperte et sine hæsitatione nihil agit. Et recte hæc aliter affirmantur in eo, qui stipulatus est fundum, deinde usumfructum; aliter in eo qui actum, deinde iter Quippe iter actus partem recte et certo dixeris: usumfructum autem fundi non item. Nam fundus sine usufructu et esse et obtineri potest. Actus sine itinere nullo modo. Non enim agere aut vehiculum ducere nisi eundo possumus. Eæ autem cujusque rei partes intelligendæ sunt quibus unaquæque res constat. et sine quibus illa constitui non potest. Ait *nihil agit: nisi in omnibus novandi animo hoc facere* (deest, *se*; rectus enim sermo est. hoc se facere expresserit) *specialiter expresserit.* † Ergo qui bis idem promittit. cum 4
prior stipulatio valeret, posteriore nihil agit, nisi animo novandi posterior interposita fuerit. Tunc enim valebit posterior, quia id agitur. Nec adversatur regula juris, qua placet eum, qui bis idem promittit, amplius quam semel non teneri. *L. qui bis. supr. eod.* nam ne nunc quidem amplius, quam semel eum teneri volumus. Sic enim tenebitur ex posteriore, ut tollatur prior novationis jure, atque ita una sit petitio ex posteriore. Et hoc est quod subjicit: *tunc enim priore obligatione expirante, ex secunda introducitur petitio.* Adjicit hoc etiam; *et tam iter, quam usus, nec non quinque exigi possunt.* Quibus verbis admonemur, cum posterior stipulatio novandi animo interponitur, non esse spectandum, quid ea contineatur, idemne, an plus, an etiam multo minus; sed quidquid novationis caussa promissum erit, stipulationem perficere ad novationem, ut et posterior constituatur obligatio, et tollatur vetus. Sed ita in his omnibus vult Julianus posteriorem stipulationem valere novationis caussa, si specialiter expressum sit novandi animo eam interponi.
† Quo loco oritur nonnullis dubitatio. Nam 5
cum Justiniani constitutione effectum sit primum, ne aliter novatio fiat, quam si specialiter expressum sit, ut fieret: cum antea multis ex rebus novandi animus colligeretur apud veteres, et quocunque modo probaretur, sufficeret ad novationem, ut declaratur in §. *præterea, Inst. quib. mo. toll. ob. et L. ult. C. de novat.* quæritur, qui conveniat dici hanc expressionem tam multo ante exigi a Juliano hoc loco. Et eo adducuntur nonnulli, ut putent locum interpolatum a Triboniano; et verba hæc, *specialiter expresserit*, ab illo esse addita, dum responsum Juliani ad constitutionem Justiniani accommodat. Ego autem tantum abest, ut putem ad rem explicandam ista conjectura, quæ tam non probatur, esse opus, ut existimem

etiam ne probabiliter quidem dubitari, an constitutio Justiniani, aut ea quæ de vetere novationis jure tradita sunt, obstent huic loco, quamvis a Juliano ita scriptum esse dederimus. Constat enim ex *d.* §. *præterea*. Certas tantum fuisse res et notat, ex quibus apud veteres sine alia aperta conventione animus novandi coniiceretur; ut interventum novæ personæ, aut in eadem persona alicujus rei novæ adiectionem, aut veteris detractationem. In omnibus autem hæc erat conditio, si idem et tantumdem in posteriorem stipulationem deduceretur, ut docuimus ad *L. eum qui ita*, §. *pen. supr. cod.* extra hæc illi novationem non admittebant, nisi aliter probaretur. Cedo igitur, ubi aliæ conjecturæ receptæ non essent, et tamen vellent contrahentes novationem fieri, quomodo hic animus olim probaretur? opinor, hoc modo; si nominatim et specialiter dictum esset stipulationem hoc animo interponi. Neque vero aliter potuit. In hic porro nihil immutavit Justiniani constitutio, ut quæ in omnibus posterioribus stipulationibus nihil exigat præter hanc expressionem. Atqui quæ hic proponuntur a Juliano posteriores stipulationes, quibus nihil agi dicit, omnes sunt ejusmodi, in quibus ea desint propter quæ veteres novationem in re dubia admittebant. Si persona quæritur, hic idem promittit posteriore stipulatione, qui et priore promiserat. Ideo enim posterior stipulatio est inutilis, quia unus bis idem promittit. Quod si promitteret alius, nihil esset impedimento stipulationi, *d. L. qui bis, supr. cod.* ita novæ personæ interventus non potest dici in his novationem facere. Si res quæritur, hic promittitur posteriore stipulatione non tantumdem, sed pars et minus, et quidem sine ullius rei novæ adiectione. Quod cum fiebat, adeo non novabatur prior obligatio, ut ne tunc quidem novatio fieret, cum ab alio minus stipulati essemus, *d. L. eum qui ita*, §. *pen. supr.* Quæ si ita sunt, non modo non fuit alienum a jure vetere, et persona Juliani in propositis stipulationibus exigere ad novationem, ut nominatim exprimeretur de novandi animo; sed etiam ex eo jure hoc unum restabat Juliano, quòd diceret.

6 † Notandum est autem sic esse verba exceptionis, ut referatur tantum ad eum, qui posteriore stipulatione nihil agit; seu quod idem est, ad eas tantum stipulationes posteriores, quibus nihil agi dixerat. Cum enim prius potuisset stipulatorem posteriore stipulatione nihil agere, ita subjecit, *nisi novandi animo hoc se facere specialiter expresserit.* Quod et extremis verbis confirmat, cum ex posteriore stipulatione novandi animo interposita exigi posse ait *iter, usum,* nec non *quinque*. Nam hæc tria erant, quæ posterioribus stipulationibus tribus promittebantur, quas prius inutiles esse dixerat. Itaque quod ait, *nisi in omnibus*, ad personam ejus, de quo agitur, accommodandum est, et ita interpretandum; nisi is qui nihil agit, in omnibus his, in quibus nihil agit, et quæ sequuntur. Unde intelligimus has esse solum in quibus exigat Julianus ad novationem, ut nominatim novandi animo interponat. Quid ergo judicandum est de posteriore stipulatione, quam utilem esse diximus; quod accidit cum quis usumfructum stipulatur, deinde fundum, et in summa cum stipulatur prius partem, deinde totum? nempe quamcumque dim olim habuerint hujusmodi stipulationes ad priorem partes stipulationem novandam, id huic loco non adversari. Nam si placet his stipulationibus interpositis priorem novari jure vetere, quia priori aliquid adjiceretur, juxta ea quæ traduntur in *d.* §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* dicemus id non negari hoc loco, quia exceptio, quæ, ut novandi animus exprimatur exigit, ad eas stipulationes non pertinet. Sin contra placet his stipulationibus priorem non novari, quia his aliud promittitur, non idem: eveniret in his quoque jure vetere, ut si has ad novationem prodesse vellemus, specialiter etiam novandi animo interponi oporteret. Quo etiam hic locus confirmatur, etsi quis ita acciperet exceptionem, ut ad omnes stipulationes posteriores, de quibus prius egit, referretur. Et certe si nobis constare volumus, cum diximus superioribus stipulationibus, quæ posteriores de toto concipiuntur, aliud continere, consequens est, ut his quoque priores etiam olim non novari solitas dicamus. Sed hæc ad hujus loci defensionem dicta sunt. Utrum autem ex his sit verius, ad jus, quo utimur, nihil refert; cum hodie nulla stipulatio novet præcedentes, nisi in qua de animo novandi specialiter expressum fuerit. *d. L. ult. C. de novat.*

† His expositis, redeo ad id, quod Julianus initio significat usumfructum fundi partem videri, non esse; de quo illic plura non dixi, eum locus offerretur, ne hac tractatione injecta interpellaretur cursus propositæ quæstionis, quæ non de usufructu Juliano instituta est, sed de vi posterioris stipulationis. Ac ne nunc quidem plura dicerem contentus iis, quæ dixi ad *L. cum, qui ita*, §. *qui proprietatem, supr. cod.* nisi hæc ipsa sententia hoc loco repudiaretur a quibusdam. Adversus quorum dubitationem utile esse judi- 7

ciu veram sententiam cum hujus loci, tum aliorum locorum confirmari. Bene Julianus hoc loco eum, qui stipulatur usumfructum, deinde fundum, aut e converso, similem dicit esse ei, qui stipulatur partem, et totum. Est enim re vera similis ei; at non is certe, qui stipuletur partem, et totum. Ususfructus enim fundi pars non est. Quod cum manifestis locis, et perspicuis rationibus, atque omnium prope consensu confirmetur, miror ab ullo etiam in dubium revocari potuisse. Primum hoc diserte scriptum est a Papiniano in *L. Mævius. §. penult. supr.* de leg. 2. *ususfructus enim*, inquit, *cum in jure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet.* Sed multo etiam certiore ratione fit, ut fundi pars non sit, ac ne esse quidem possit. Nemo ignorat, cujus naturæ et conditionis totum est, ejusdem et partem esse oportere. Quidquid enim totum habet, id ut habeat, accipit a partibus suis, ex quibus constat: ut si totum corporale est necesse sit et partem esse corporalem: si incorporale, non possit pars esse, nisi incorporalis. At fundus corporalis res est, si modo juris auctoritas omnes Latine et recte locuti sunt, quoties fundi vocabulum usurpant: præsertim si definitio fundi vera est, tradita in *L. locus, et L. fundi, infr. de ver. sig.* Sed cur hujus rei probationem petimus longius, cum in divisione rerum inter res corporales primo loco exempli gratia recenseatur fundus? *L. 1. §. 1. supr. de rer. divis. Inst. de reb. cor. et inc.* Ususfructus autem omnium confessione res est incorporalis in jure consistens. Quod iisdem illis locis diserte traditum est, et *d. L. Mævius. §. pen. de leg.* 2. Quare ususfructus fundi pars esse non potest. Et sane neminem puto tam a vero alienum, ut si fundum rem corporalem esse concesserit, usumfructum autem rem incorporalem, negaturus sit recte colligi, usumfructum non esse partem fundi; Et fateor, qui id faceret, latum a me, aut auditum esse neminem. [Sed sunt, qui ideo usumfructum partem fundi esse dicant, quia prius statuant, fundi appellatione plenam proprietatem significari; fundum
8 denique esse nomen juris. † Agnosco, si fundi appellatione significatur proprietas, eoque et fundus jus est, recte dici usumfructum esse fundi partem. Est enim omnino ususfructus plenæ proprietatis seu dominii pars, ut docui ad *L. cum, qui ita, §. qui proprietatem, supr. cod.* At quid est illud, fundum nomen juris esse, idest, rei incorporalis, eoque significari proprietatem? Si de hoc verbo obscurus esset usus Latine loquentium, aut omnium auctorum juris, minus mirarer de ejus significatione aliquando dubitari. Nunc autem cum omnes sciamus, quid sit apud omnes fundus Tusculanus, fundus Cornelianus, fundus Sejanus; quid sit is fundus, per quem eatur, et qui dividatur in partes certis regionibus, *L. nam satis. supr. quib. mod. ser. am.* Cum præterea ex professo definiatur a nostris fundus ita, ut si videantur aliis in rebus dissentire definitiones; tamen inter omnes conveniat fundum esse prædium rusticum, esse agrum integrum aliquid denique, cujus portio quævis sit locus; *d. L. locus, d. L. fundi, infr. de verb. signif.* Postremo, ut omittam cætera, cum instituta ex professo rerum divisione, quarum aliæ corporales sint, aliæ incorporales, diserte traditum sit fundum esse rem corporalem; *d. L. 1. §. 1. supr. de rerum divis. et Inst. de rer. corp. et inc.* hæc, inquam, cum ita esse videamus, quis non miretur esse, qui his contemptis, tamen fundum jus esse dicant, et rem incorporalem? nam profecto si jus est, incorporalem esse necesse est, ut in eadem rerum divisione traditur supra scriptis in locis. Hoc vero qui facit, is non jam de significatione verbi ambigua litigat; sed in definitione certa, et certo verbi usu semel omnes veteres inscitiæ condemnat, qui nescierint ad unum omnes fundum corporis nomen non esse, sed juris. Itaque ejusmodi est hæc sententia, ut non videatur magnopere refutatione indigere. Et tamen quia ab illis qui hoc dicunt, aliquid affertur, putavi quale id esset, nobis cognoscendum, ne forte et ipsi eadem specie decepti labamur. Quod quibusdam accidisse videmus non satis eruditis Lexicorum juris interpolatoribus, qui ut alia fere omnia undecunque arrepta, ita hoc quoque sine judicio in sua Lexica retulerunt. Fundum significare plenam proprietatem probant, quia in *L. cum, qui ita, §. pen. sup. cod.* traditur ei, qui stipulatus est fundum, deberi plenam proprietatem. et si promissor fundum solvat detracto usufructu, cum non liberari, sed usumfructum adhuc ab eo peti posse. Sed quodnam hoc genus sit collectionis, videamus. Qui fundum dare debet, tradere debet plenam proprietatem. Ergo fundus est proprietas. Quod perinde est, ac si quis ita ratiocinaretur: qui vestem dare debet, transferre debet plenam proprietatem vestis. Ergo vestis est proprietatas. Et tamen quam hoc falsum sit, nemo non videt. Et vero vitiosissime colligitur. Cum enim quis promittit fundum, et quod idem est, se fundum daturum, in stipulatione duo versantur, fundus et fundi datio. Qua parte fundus appellatur, non

appellatur aut continetur proprietas. Nihil enim commune habet fundus cum proprietate: cum possit fundus esse natura; etiam si nemo ejus sit dominus: et is cujus est aliquis dominus, possit apud aliquem esse sine proprietate, ut si precario et datus sit, aut ab eo bona fide tantum possessus. Quod si quisquis appellasset fundum, diceret etiam proprietatem, consequens esse eum, qui promisisset solum se fundum traditurum, etiam hoc promittere se proprietatem traditurum. Quod aperte falsum est. Non ergo ut dixi, qua parte nominatur fundus in superiore stipulatione illic continetur proprietas. Unde igitur proprietas plena ex ea stipulatione? ex ea parte qua reus se promisit daturum. Dare enim est dominium transferre. §. *sic itaque Inst. de act.* Non est autem dominium integrum detracto usufructu qui dominii pars est. Ergo ex stipulatione fundi debetur proprietas, non quia fundus est proprietas sed quia una cum fundo etiam proprietas promissa est non verbo dandi. † Fundum nomen esse juris probant ex *L. cogi. §. inde quæritur. inf. ad Treb.* nempe eo loco, non solum ex quo non rectius id colligitur, quam ex superiore: sed etiam qui præcipue adversus hanc sententiam facit. Nam cum esset quæstio posita, an posset quis rogari restituere hereditatem deducto ære alieno, et Ulpianus negasset; is rationem reddens subiicit hæc verba: *nec enim posse ex jure deduci quantitatem: non magis, quam si fundum quis deducto ære alieno, vel deductis legatis restituere sit rogatus.* Non potuit Ulpianus apertius ostendere fundum jus non esse, quam his verbis. Nam si fundus jus fuit, debuit de fundo subjicere exempli loco, ut diceret: nec enim posse ex jure deduci quantitatem: *veluti, si fundum quis*, et quæ sequuntur: non autem argumento fundi uti: quod non potest esse nisi nugatorium, si fundus jus est. Erit enim ratio eadem cum propositione. Propositio hæc est, non potest ex jure deduci quantitas. Ratio, quia non potest ex fundo qui jus est, deduci. Atqui si incertum est, an possit quantitas deduci ex jure, eadem incertitudo est, an possit ex jure, quod est fundus. Imo idem per idem explicatur: quid si et fundus jus est. Proinde si argumentum aliquid efficere volumus, intelligi oportet fundum aliam rem esse, quam jus quam proprietatem. Sic autem se res habet: inest in suprascriptis verbis Ulpiani argumentum ex comparatione parium, ductum a rebus corporalibus et certis, ut fundo: estque hujusmodi. Ex fundo, qui certe specie continetur, et æs alienum in se non habet, deduci quantitas seu æs alienum non potest: cum prius sit; ut æs alienum sit in fundo, quam ut ex fundo deducuntur. Atqui jus quod est incorporale, non magis ex ære alieno re alioqui corporali constat, quam fundus. Proinde nec ex jure, seu ex hereditate quæ jus est deduci quantitas potest, non magis quam ex fundo. Maneat igitur, quod semper significationem, et rationem certam, atque etiam jus certum inter omnes habuit; fundum rem corporalem esse. Ideo fundum non esse proprietatem: sed tantum inter hæc interesse quantum inter rem, quam obtinemus, et jus id, quo rem obtinemus. Usumfructum, cum sit res incorporalis in jure consistens, proprietas et dominii partem esse posse; fundi nullo modo. Quia tamen fundum sequitur, qui dari debeat, ac sine eo fundus non videtur dari. Hoc amplius, quia si fundus datus sit detracto usufructu, usufructus adhuc peti potest; ideo hactenus partis instar obtinere recte dici. *d. L. cum filius, §. dominus, supr. de leg. 2.* nam hæc omnia in vera fundi parte locum haberent.

Ad L. *Quotiens in diem*. 59.

Idem *lib. LXXXVIII.* Digestorum.

Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur: ejus æstimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit. Tunc enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit.

Ad L. *Idem erit*. 60.

Ulpianus *lib. XX.* ad Edictum.

Idem erit et si Capuæ certum olei pondo dari quis stipulatus sit. Nam ejus temporis fit æstimatio, cum peti potest. Peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit.

SUMMARIA.

1. *In olei, vini, frumenti, et similium mercium, quæ pondere, aut mensura constant, æstimatione, quæ tempora spectentur, et quod Ius hac in parte a veteribus constitutum.*
2. *De tempore contractus.*
3. *De tempore moræ.*
4. *De tempore, quod litis contestationem sequitur.*
5. *De tempore, condemnationis et rei judicatæ.*
6. *Generaliterne et in infinite statuendum, ut tempus omne, quo res plurimi fuerit post moram, spectetur.*
7. *In æstimatione rei certæ ineunda diversum esse quam in oleo, vino, frumento et similibus mercibus generaliter et infinite promissis aut aliter debitis et cur.* et n. 11.
8. *Definitio de tempore æstimationis hoc loco a Juliano et Ulp. tradita.*
9. *Verbis Jureconsulti, Cum peti potest, quod tempus intelligatur, et an superior definitio generaliter ad omnia obligationum genera pertineat.*
10. *Duo tempora, diei scilicet solutioni adiecti, et litis contestatæ, in vini, olei etc æstimatione a veteribus recte constituta, rationibus juris demonstratur.*
12. *Vino aut oleo promisso, cur non de vino aut oleo, sed æstimatione præstanda agatur.*

1 Cum oleum, vinum, frumentum, et similes merces, quæ pondere aut mensura constant, ex stipulatu, aut alia caussa debentur: permagni refert in exsecutione obligationis, quo tempore ea præstentur, aut si non præstantur ipsa, ex quo tempore æstimentur. Quod enim experientia omnium sæculorum docet, constat istarum rerum pretia singulis pene temporibus mutari, et quidem ita, ut maxima interdum fiat accessio pretii, interdum de pretio plurimum decedat. Hæc res quæstionem peperit de æstimatione istarum rerum maxime, an quamvis earum genus exstet; et possit præstari; tamen æstimatio certi alicujus temporis præstanda sit: et si est, cujus temporis; ejusne, quod promissori videatur; an ejus quod expediat creditori; an vero certi alicujus et constituti, quod uterque ex contrahentibus postulante altero sequi cogatur. De eo multis locis jus traditum legimus: præcipue autem, et velut ex professo in *L. vinum, supr. si cert. pet, et L. ult. supr. de cond. trit.* tum hac *L. quoties, et L. seq.* Sed habent hi loci has difficultates duas non exiguas. Unam, quod ita scripti sunt varie, ut pauci adhuc statuere potuerint, quid in hac quæstione sequi oporteret. Alteram, quod si quid in his maxime statui videtur, id ejusmodi est, ut manifestis regulis juris, et æquitatis videatur adversari. Quare

postuiat hujus loci definitio, ut de his dicamus. In quibus explicandis ero brevior, quia de omnibus, quæ in hac quæstione dubitationem facere videbantur, scripsi accuratius ad *L. vinum, supr. si cert. pet.* Et ex his duobus ante illud constituendum est, quodnam sit jus, quod in hac re putemus placuisse veteribus; ut prius juris constitutio quam constituti ratio quæratur. Dicam breviter: cum de hac re tota dilucide scripta sit distinctio in *d. L. vinum, supr.* si *cert. pet. et* d. *L. ult. supr. de cond. trit.* et scripta ex professo non de una aliqua specie obligationis, ut hujus loci definitio est, sed de genere tote tum earum quæ sunt in diem, tum cæterarum quæ aut puræ sunt, aut sub conditione; sitque præterea non aiius tantum auctoris, sed etiam ejus ipsius, qui et definitionis propositæ auctor est, idest, Juliani: nimirum ea est, quam in hoc genere audire et sequi debemus, et si quid in definitione hujus loci ambigui est, id quod de specie scriptum est, ad reguiam et sententiam superioris distinctionis revocare, ut expliceniur. Sic ergo in illis locis traditum est. *Vinum, oleum, frumentum judicio petitum est. Quæsitum est cujus temporis æstimatio. Placuit, si dictum esset, quo die dari deberet, tanti æstimandum, quanti tunc fuisset. Si de die nihil convenisset, quanti tunc, cum petitum esset:* idest, ut exponitur in dict. L. ult. de cond. trit. *quanti tunc, cum judicium acciperetur.* Ut sit, quod aiibi apertius dicitur, tempus litis contestatæ esse spectandum. *L. 3. §. in hac actione, supr. com.* Hac distinctione aperte duo tempora certa constituuntur, quæ spectemus; cum de vini, olei, et similium rerum æstimatione facienda agitur, dies solutioni dictus, et nullo die constituto tempus litis contestatæ. Hæc quomodo accipimus? perspicuum est cum unum ex his spectandum esse dicitur, cætera omnia excludi, sive quæ antecedunt, sive quæ sequuntur. Exempli gratia, qui litis contestatæ tempus spectandum esse dicit, et ex eo rem æstimandam, is negat tempus contractus esse spectandum, quod antecessit: negat tempus, quo ante mora facta est, negat spectandum rei judicatæ, tempus negat intermedia omnia esse spectanda. Et vice versa si quis unum ex his posterioribus spectandum esse dicat, is eadem opera neget spectandum tempus litis contestatæ: quoniam fieri non potest, ut utrum spectetur, et simul spectetur aliud ubi eorum temporum æstimatio, est diversa; nisi forte recipimus, ut una æstimatio, quæ ab eodem ejusdem rei nomine præstetur, minor et major simul esse intelligatur. Ita necesse est, quæcunque tempora alia ab illis duobus spectanda esse dixerimus, tot esse, quæ superiori distinctioni adversentur, eamque infirment. Hic ergo se difficultas illa aperit quam supra dixi: non enim unum aliquod tempus aliud alii, locus spectandum esse dicitur, sed quotcunque sunt alia tempora diversa, hæc prope omnia aliis locis statui videntur; neque id consentienter, ut cum una forte sententia contraria sibi quis rem esse putet; sed locis inter se ita, ut videtur, repugnantibus, ut non major sit illis cum *L. vinum*, quam ipsis inter se contentio. Propterea quod quæ sunt tempora diversa, ea singula jubentur spectari singulis locis, illo unum, altero alterum, tertio aliud, et ita deinceps. Sunt, quibus videtur effici spectandum esse tempus, quo obligatio contrahitur: quibusdam revocatur res ad tempus moræ: quibusdam ad id tempus, quod litem contestatam sequitur, si tum pluris res fuit: nonnullis ad tempus condemnationis et rei judicatæ. Sunt et alii, qui repudiatis omnibus aiiis certis temporibus, quæ et hic et alibi spectari jubentur, generaliter et infinite statuant omne tempus spectandum, quo res plurimi fuerit post moram. Ego autem ad *L. vinum*; collectis ordine omnibus aliis temporibus conatus sum ostendere, nullum esse, quod in caussa olei, vini, et similium rerum spectandum esse ullo loco juberetur, ut superioribus omnibus remotis necesse sit sola duo illa relinqui, quæ ex supra scripta distinctione sequenda esse diximus. Quod an effecerim, disputatio ipsa probabit. Mihi quidem bonis et dilucidis rationibus expedivisse videor. Etsi autem feci pluribus, et diligentius, ut in re controversa fuit necesse; tamen ut loci ipsi obiectionis noti sint, simul et quid ad defensionem respondeamus, capita ipsa breviter attingam: quando et ea hunc ipsum locum, in quo versamur non
minus attingunt. † Ajo cum de æstimationa 2
rei promissæ quæritur, in universum non esse spectandam æstimationem ejus temporis quo res contracta est. In quo facilior est eorum locorum explicatio, qui in contrariam sententiam proferri possunt. Nihil enim admodum videntur ad rem pertinere. Traditum est in *L. cum quid, supra, si cer. pet.* vinum quod mutuo datum est, reddendum esse eadem bonitate, id est, ea quæ fuit, cum datum est. Sed non ideo vinum eadem æstimatione reddendum esse dixeris; aliud est enim bonitas rei, aliud æstimatio. Illa in re est natura, hæc extra rem, nasciturque non tam ex bonitate et qualitate rei, quam ex hujusmodi rerum copia aut inopia. Stipu-

latus quis est fundum, deinde quanti is fundus est. Placet ex posteriore stipulatione tanti fundum æstimari, quanti fuit tunc, cum in eam stipulationem deductus est. *L. fundum, infra de novat.* Nempe quia æstimatio præsens illius temporis nominatim in stipulatum venit. Dictum est enim non quanti fundus fuit, aut postea futurus est; sed quanti est, id est, quanti nunc eum a te stipulor. Quod cum ita convenisse constet, id sequimur, neque adversus voluntatem certam quærimus conjecturas. *L. semper in stipulationibus, infra, de regulis jur. L. continuus, §. cum ita, infra eod.* Nos de ea obligatione agimus, in quam non æstimatio rei aperte deducta sit, sed res ipsa; de cujus æstimatione præstanda propter nonnullas caussas: et maxime propter debitoris moram postea agatur. Hic destituti aperta voluntate, de tempore quod hic spectari oporteat, nihil aliud habemus, quod sequamur, quam ut spectetur id, de quo verisimile est sensisse contrahentes. *d. L. semper in. de reg. jur.* id autem est aut dies solutioni adjectus, aut tempus litis contestatæ, ut postea dicemus. Scriptum est in *L. cum quis supr. prox. titu.* his verbis: *cum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit, ejus temporis æstimatio spectanda est, quo satis acceperit.* Ergo ejus, dixerit aliquis, quo primum cum fidejussore contraxit, non autem ejus diei, in quem obligatio dilata est. Non ita est. Hæc enim verba, *quo satis acceperit* ambigua sunt, utrumque tempus exprimentia, et quo fidejussor primum stipulanti fidem suam interponit, et illud quo pecunia solvi debet; quomodo et aliquo loco contractum intelligitur, non si eo loco negotium gestum sit, sed si eo solvenda sit pecunia. *L. 3. supr. de re reb. auc. jud. pos.* Hoc posterius tempus in responso superiore accipere debemus: quia vitio caret juxta *L. in ambigua, supr. de legi.* alioqui si fidejussor ante diem acceptus tenebitur in æstimationem ejus temporis, quo intervenit, et minor erit æstimatio ejus temporis, quo merx debuit solvi, in quam solam reus tenetur, eveniet, ut fidejussor in duriorem causam sit obligatus: quod jus non sinit. *L. græce. §. illud. infr. de fidu.* Eodemque modo interpretandum est, etsi postquam dies venisset, fidejussor intercessit. Nam ne tunc quidem id tempus spectandum est, quo intercessit, sed quo ex satisdatione solvere debuit. Is autem est dies, quo et reus debuit. Fidejussor enim in eandem causam est acceptus. Alioqui et idem periculum, quod supra, metuemus. Eodem modo et illud accipio, quod in *L. 3. §. ult. supr. de act. em.* scribitur his verbis: *si per venditorem vini mora fuerit, quominus vinum traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Quo venit*, idest, quo ex venditione tradi debuit, ut ibidem locus quo vinum venit, manifeste is dicitur, quo vinum debuit præstari. Etiam *L. quoties et sequens.* quas interpretamur, ejus temporis quo stipulatio interposita est, æstimationem spectari debere significare videntur in obligationibus quæ neque diem habeant, neque conditionem. Generalis enim definitio est in *L. idem, seq.* ejus temporis fieri æstimationem, cum peti potest. Atqui in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præsenti die debetur, et peti potest. *L. cum, qui Calendis, §. ult. sup. eod. §. omnis, Inst. eod.* Ita superiori definitioni consequens est ejus temporis æstimationem fieri debere. Et difficile est negare hanc esse sententiam hujus definitionis, si hæc verba cum *peti potest*, hoc significant, cum primum peti potest. Verum non hæc eorum significatio est: sed de eo paulo post plura. Putavi enim quia locus se offert, melius esse et de eo separatim dicere, quod faciat ad totius loci interpretationem. Hæc de tempore contractus. De quo video inter omnes convenire, nunquam esse spectandum, ut res ex eo solo æstimetur. † Plus dubitationis habet tem- 3
pus moræ; sed nihilo magis probandum est hujus temporis æstimationem esse spectandam, cum de olei, vini, frumenti et similium rerum æstimatione agetur, de qua nunc quærimus, atque his locis definitio constituta est. Scriptum est in *L. 3. supr. de cond. trit.* ad tempus moræ redigendam esse æstimationem. Sed observemus dictum hoc esse de re certa debita, quæ perire potuit, et deterior fieri. In hoc genere recte dicitur, cum res post moram æstimanda est, postulante actore tanti æstimari debere: quanti tunc fuit, cum mora facta est: ad oleum, vinum, frumentum, et res similes non pertinet. Non enim in his illius temporis vinum, aut oleum debebatur: ut fit re certa promissa, quæ cum omnibus temporibus una eademque sit, non potest, quin debeatur omnibus temporibus, ac propter rem singulorum temporum æstimatio, si forte usus veniat, ut pro re æstimatio sit præstanda. Sed quid inter istas res, et corpus certum intersit, plura dicentur paulo post commodius, cum juris a veteribus hac re constituti ratio exquiretur. At enim cum vinum aut oleum promissum est, spectatur æstimatio ejus temporis, quo ut solveretur, dictum est,

et nisi eo die solutum sit, constat moram fieri. *L. magnum. C. de cont. et com. stip.* Non est hoc argumentum, tempus quodvis moræ in his esse spectandum. Non enim ideo spectatur æstimatio ejus temporis, quo vinum et oleum solvi debent, quia eo die exacto mora fiat; sed quia convenit, ut ejus temporis vinum aut oleum præstaretur: nam et litem contestando promissor moram facit. *L. nemo* §. 1. *infr. eod.* Neque tamen propter moram spectatur, id tempus: sed quia sic agitur judicio, ut vinum eo tempore solvatur. Quod si propter moram hæc tempora spectanda esse vellet Julianus, fuit ineptissimus, si cum posse aperte et uno verbo dicere, tempus moræ spectari oportere, maluit pluribus verbis erroris tantum obiiciendi caussa dicere, diem dictum esse spectandum, et tempus litis contestatæ. Ineptior, si putavit his duobus temporibus cætera quibus mora fit, contineri, cum sint alia innumera. Nam, quod in *L. vinum*, generaliter definit, vinum æstimandum esse, quanti nunc fuisset, cum petitum esset, ridiculum est, si quis cum Accursio ita interpretetur, ut sit, petitum esset quovis modo etiam extra judicium; nam de tempore litis contestatæ quæstionem posuerat. Proinde et de eo respondet petendi verbo, quod proprie de ea petitione quæ judicio sit, usurpatur. *L. amplius. infr. rem ratam hab.* ineptissimus, si id de quo consultus erat, omittens de eo de quo non erat interrogatus, respondeat. Tum autem refertur ab eo nominatim Sabini et Cassii sententia: quam fuisse hanc scimus, ut si de die nihil convenisset, æstimaretur lis tanti, quanti fuisset tunc cum judicium acciperetur. Sic enim apertius refertur in *L.* 3. §. *ult. supr. de act. em.* in vino vendito ita scribitur. *si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Condemnatur venditor in vini æstimationem, quia moram fecit: nam aliter æstimationem non deberet. Sed non ideo condemnatur in æstimationem ejus temporis; Quod ex eodem responso apparet, in quo alia tempora designantur, quæ spectemus. Quid ergo, si quo tempore interpellatus debitor moram fecit, vinum, aut oleum fuit plurimi, deinde imminuta æstimatione petatur; non æstimabitur quanti tunc fuit, cum mora est? nempe hoc dicimus non æstimari, sed solum quanti fuit tunc, cum judicium acceptum est. Iniquum, dixerit aliquis, et contra regulas juris, quibus efficitur unicuique moram suam nocere debere, nulli prodesse. *L. in condemnatione,* §. *unicuique, infr. de reg. jur. L. hominem. in fin. supr. mand.* Sed de eo quam recte hæc constituta sint, videbimus postea suo ordine. Nunc hoc quærimus quid veteribus de hac re constitutum esse prodietur ex iis, quæ in Pandectis nobis relicta sunt. Constet igitur si de uno tempore agatur, nusquam id tempus, quo a debitore petitum est extra judicium, et quo interpellatus moram fecit, ita in his mercibus, de quibus nunc agimus, a veteribus proponi, ut ad id dicant æstimationem

7 referendam. † Quid tempus, quod litis contestationem sequitur, nonne id saltem spectandum esse dicemus, si per id tempus vinum pluris fuerit? placet enim post litem contestatam, omnem caussam præstandam esse, idest, id omne quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res soluta esset. *L. cum fundus, supr. si cert. pet.* Diceremus hoc tempus spectandum in vino et similibus mercibus generaliter debitis, si certum esset actorem vinum suo tempore acceptum asservaturum fuisse, et recte asservaturum, ut occasione deinde oblata tanti posset vendere, quanti sequentibus temporibus fuit. Sed id certum non est. Proinde in numero earum rerum, quas actor vino soluto habiturus esse, id pre-

8 tium haberi non debet. † Condemnationis tempus sequitur, seu rei judicatæ. Et quibusdam locis testatum est, in strictis judiciis, quale est mutuum, de quo agitur in *L. vinum, supr. si cert. pet.* qualis stipulatio, de qua hoc loco, rei judicatæ tempus non spectari, sed solum litis contestatæ: ut L. 3. §. *in hac, supr. com.* Fateor id non esse perpetuum in rebus omnibus debitis. Verum est enim quod dicitur in *L.* 3. *supr. de cond. trit.* condemnationis tempus spectandum esse cum res certa petita est, quæ tempore rei judicandæ non sit facta deterior, cujus tamen æstimatio ob aliquas causas præstanda sit: ut quia non sit in potestate promissoris. Et sane quod Ulpianus in *dict. L.* 3. §. *in hac. com.* ita scribit, *In hac* commodati *actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, rei judicatæ tempus quanti res sit observari, quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur:* hoc, *quamvis spectetur*, non generaliter dictum est, sed per concessionem. Quasi diceret, quamvis quis dederit agi in commodato de iis rebus, de quibus in strictis judiciis litis contestatæ tempus quanti sint, spectetur: tamen nihilominus in hac actione in his ipsis rebus observabitur rei judicandæ tempus, cum in litem jurabitur. Finge oleum, vinum frumentum commodato alicui ad pompam et ostentationem data esse, ut fieri posse idem Ulpianum testatur in *d. L.* 3. §. *ult.*

com. Sed cum concessero dictum illud Ulpiani de strictorum judiciorum æstimatione non esse perpetuum) non enim ad res certas semper pertinet) tamen hoc teneho esse verissimum, ubi in strictis judiciis de olei, vini, et similium mercium æstimatione agitur, de qua nunc quærimus. Neque reperietur de his aliter veteribus placuisse. Nec obstat, quod in rebus certis aliud constitutum est. Jam enim dixi exemplum rerum certarum ad eas res, de quibus agimus, quæ incertæ et nullius temporis propriæ promissæ sunt, transferri non debere. De quo postea. Sed de strictis judiciis, inquam, hoc dictum est, in his æstimationem vini, et olei spectandam esse ex tempore litis contestatæ quod si quis idem esse neget in bonæ fidei judiciis, tamen superiori, distinctioni Sabini et Juliani, quæ de mutuo scripta est, non adversetur. Ego autem puto, si æquum est in strictis judiciis tempus litis contestatæ spectari, eandem regulam æstimationis et in bonæ fidei judiciis servari oportere. Et quidem *L. ult. supr. de cond. trit.* generaliter scripta est de merce aliqua petita, veluti vino, oleo, frumento, neque distinguitur, quo judicio petita sit: et tamen eadem plane distinctio adhibetur, quæ refertur in *d. L. vinum.* Ibi vero pluribus ostendi, cur me non moveret, ii loci, in quibus hoc exprimi videtur, in bonæ fidei judiciis etiam in vino æstimando rei judicandæ tempus spectari. Hi duo sunt: *d. L.* 3. *§. in hoc com.* quem supra retuli, *et L.* 3. *§. ult. supr. de act. em.* ubi scriptum est, *Vino vendito, non tradito venditorem oportere condemnari, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* De quibus hoc est in summa quod respondi. In priore animadvertendum esse, non simpliciter dici in bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus observari; sed conjunctim, in litem jurari, et rei judicatæ tempus, quanti res sit, observari: ut sit sensus, cum in litem jurabitur, quod fit tempore rei judicandæ, præsens tempus quo juratur, spectandum esse. Quod recte dicitur ob eas causas, quas illic reddidi: neque ideo tamen idem probandum est, ubi de vera rei æstimatione agetur. In posteriore autem loco illa verba, *quo lis in condemnationem deducitur,* docui sic esse interpretanda, non quo reus condemnatur, aut quo lis ad condemnationem pervenit, sed quo lis contestatur, et per contestationem deducitur in eam petitionem, ut condemnetur: nam et ita usum esse ac significationem horum verborum etiam alibi, ut in *L.* 1. *supr. de sæcep.* et sequentibus verbis ejusdem loci satis declarari. Quibus Pomponius cum tempore æstimationis locum, ubi res æstimetur, comparans ita subjicit continenter, *item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.* Atque hæc de certis temporibus dicta sunt, quæ sola spectari velimus, sive bis res plurimi fuerit, sive minimi: de quibus apud vulgares interpretes etiam illud video non dubitari, quin nulla sint ejusmodi spectanda. ✝ At quid, si 6
dicamus neque hæc, neque illa certo et præfracte spectari debere, sed generaliter, et infinite omnia, quibuscunque rem plurimi fuisse ex tempore moræ constabit? et hæc Bartolus et alii vulgo probant etiam in vino et oleo debitis, neque adeo dubitant eam sententiam esse affirmare *d. L. vinum.* Ergo autem illic planum feci, hoc unum esse, quod minime probandum sit ex omnibus, tantumque abesse, ut conveniat ea sententia illi loco ut si quid afferri vellemus, quod faceret ad illius loci reprehensionem, et irrisionem, non alind excogitari potuerit convenientius. Ex multis argumentis unum atque alterum breviter proferam. Julianus certa tempora æstimanda esse dicit, diem constitutum, aut nullo die constituto tempus litis contestatæ. Isti negant æstimanda, si res his temporibus non fuit plurimi. Julianus hæc cum spectari oportere dicit, simul ea, quæ antecedunt, aut sequuntur, spectanda esse negat; quia si diversam æstimationem habent, simul plus uno spectari, non possit. Isti volunt cætera spectari et ante litem contestatam, et post litem contestatam, prout bis post moram res plurimi fuerit. Mitto ineptiam et stultitiam scriptoris, quam in ista interpretatione Juliano affingere necesse erit, quod cum dicere deberet uno verbo tempus moræ spectandum, et in eo quanti plurimi res fuit: prius multorum temporum enumeratione exprimere voluerit, neque tamen hoc modo sit assecutus, ut exprimeret: posterius autem ne attigerit quidem, sed nobis in eo quid vellet, divinandum reliquerit. Censeo igitur, ut illos hoc loco cum sua interpretatione plurimum valere jubeamus. Defendunt tamen istam sententiam et æquitatis ratione, et quibusdam locis, quibus de æstimatione rei certæ petitæ scriptum est. Æquitas ajunt, hoc suadet, quod et regula juris comprehensum est, et jam supra attigimus, unicuique moram suam nocere debere. *L. in condemnatione, §. uniquique, infr. de regu. jur.* De re autem petita, quæ post moram debitoris aut periit, aut deterior facta est, multis locis cautum est in illam ipsam sententiam, quam defendunt. Si res furtiva condicatur, et quæratur, cujus temporis fiat æstimatio, scriptum est in *L. in re*

furtiva, §. 1. *supr. de cond. fur.* id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: addita hac ratione, quia quia semper moram fur facere videatur. Eadem sententia generalis statuitur in *L.* 3. *supr. de cond. trit.* de rebus omnibus, quæ, ex alia quavis caussa debeantur. Et ne videatur novum, quod illud, quod dicitur in *L. vinum*, et similibus locis, tempus litis contestatæ spectari, sic accipiunt, nisi debitor moram ante fecerit ne illi frustratio sua prosit; id recte a se fieri probant ex *L. hominem, supr. mand.* ubi Africanus cum prius posuisset in stipulatione id tempus spectari, quo agitur, hanc ipsam exceptionem statim subjecit; *nisi forte*, inquit, *aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Ego ad hæc breviter: neque æquitatem eam, quam ex mora objiciunt, neque superiores locos ad eam speciem de qua agimus, quidquam pertinere. Sed de æquitate postea, quod ad omnes partes hujus disputationis satis sit, separatim, ut est pro-
7 positum, dicetur. † De supra scriptis locis jam dixi, et iterum etiam atque etiam monendi sumus, quod in illis traditur, si res debita post moram periit, aut facta est deterior, tanti rem æstimandam, quanti unquam plurimi fuit, manifeste in re certe petita dictum esse: diligenter cavendum esse, ne quod de certæ rei æstimatione ineunda scriptum est; id ad oleum, vinum, frumentum, et similes merces generaliter et infinite promissas, aut aliter debitas transferatur. Cur ita placeat, cum pertineat ad eandem defensionem æquitatis de qua dixi, ad eundem locum a me referetur. Nunc, quod datur, accipio, scripta hæc esse in dissimili genere rerum, nempe certarum, et incertarum, et quæ nullius temporis propriæ dici possint, nisi de quo actum est. Eo mirum non esse, si cum in uno ex his aliquid constitutum fuerit, constituatur diversum in altero. Et sane cum appareat in diversis istis generibus rerum, tam diversas distinctiones de temporibus earum æstimandarum ex professo usurpatas esse a veteribus et quidem ab iisdem auctoribus: vel hoc unum satis argumenti esse poterat, illis in utroque isto genere diversum placuisse. Alioqui nihil erat facilius, quam in rebus certis eam, qui distinctionem a Sabino et Cassio traditam in vini, olei, et similium rerum æstimatione; utpote receptam ab aliis, et fere pervulgatam: aut contra in his posterioribus eandem regulam adhibere, quam in certis esse diximus repudiata superiore Sabini et Cassii sententia. Restat, ut remotis aliis omnibus, quæ obstare videbantur, de hoc ipso loco, cujus interpretandi caussa hæc oratio suscepta est, separatim cognoscamus. Idque eo magis, quod singularem quandam definitionem in hoc genere, atque adeo superioribus, velut ex professo contrariam videtur continere. † Definitio hæc est: quo- 8
ties in diem, vel sub conditione oleum promissum est, ejus æstimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit. Tunc enim ab eo peti potest. Quibus verbis continetur illa generalis, quæ et sequenti capite expressa est; oleo promisso ejus temporis fit æstimatio, cum peti potest. Nam utraque cum ratio in eo sit, quod peti potest, nisi ea generalis est, et ad omnes species obligationis pertinet, nihil ex ea potest concludi. Audiemus enim continuo nullum hoc argumentum esse, quod res peti potest; cum et in puris obligationibus statim possit peti, neque ideo in his spectetur id tempus, quo nondum mora facta est. Deinde recte dicetur, quibus in caussis eadem ratio sit, in his jus idem statui debere. *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Ergo et in obligationibus in diem dies spectabitur; et in obligationibus, quæ sub conditione contractæ sunt, id tempus, quo conditio exsistit; et in puris tempus contractus: nam in his posterioribus contracta obligatione statim agi potest. §. *omnis, Inst.*
eod. † Nova, ut dixi, definitio, si quidem in 9
ea accipitur id tempus, quo primum peti potest; nec tantum ab aliis superioribus discrepans, qua parte puras obligationes et conditionales attingit (nam die adjecto congruit) sed etiam illis plane contraria. Nam quod ad puras obligationes attinet, consentiunt omnes loci superiores, atque adeo interpretes omnes in hanc sententiam, cum de æstimatione rei debitæ agitur, nunquam ejus æstimationem spectari oportere ex tempore contractus, quo nondum mora facta sit; sed aut ex tempore moræ statim, aut certe non ante, quam reus in mora esse cœperit. Neque hic simplex dissensio est, cum novum tempus; in hac caussa inducitur aliis locis repudiatum sed congeminatur repugnantia in eo, quod cum dicitur spectari oportere tempus contractus, eadem opera negatur spectandum esse tempus aliis locis tam aperte constitutum, litis contestatæ, si forte postea judicio actum fuerit. Neque enim, ut supra dixi, fieri potest, ut si eorum æstimatio diversa est, utriusque æstimatio simul spectetur. Quod si quis contendat, quod hic dicitur de tempore, quo peti potest, non pertinere ad obligationes puras, quia prima definitio de stipulationibus in diem aut sub conditione

compositis concepta sit: tamen nihil admodum proficiet. Sed incurrit res illi eandem difficultatem ex eo, quod in stipulatione conditionali placet hoc ipsum tempus oportere spectari, cum peti potest, seu cum dies venit, et conditio exstitit. Erramus enim si in hoc tempore ullum putamus designari ex iis, quæ supra diximus, aut etiam ex iis, quæ recipiuntur vulgari opinione interpretum. Diem dictum statuunt veteres, ex quo æstimationem spectemus, et ubi nullus dies dictus est, tempus litis contestatæ. *d. L. vinum. si cer. pet. d. L. ult. de con. trit.* Vulgus interpretum moram spectari vult, et ex ea existimari, quanti plurimi unquam postea res fuerit. At in eo tempore, quo conditio exsistit, nullum ex istis tribus inesse reperiemus. Jam primum id tempus non est is dies, de quo sentiunt veteres, cum hujus æstimationem spectandam esse statuunt. Hunc enim dicunt, qui solutioni nominatim dictus est, seu de quo convenit, ut pecunia solveretur, ut pater ex *d. L. vinum, et d. L. ult. de con. trit.* conditio autem obligationis adjicitur, non solutioni. Adjicitur enim eo, ut hinc pendeant, non quando solvatur pecunia, sed an omnino debeatur: cum dies adjicitur obligationi jam constitutæ, ut sit is dies, quo pecunia jam ante debita solvatur. *§. in diem, et §. sub conditione, Inst. eod.* Tempus vero existentis conditionis non esse tempus litis contestatæ quis ignorat? Sed erunt fortasse, qui eo tempore moram fieri existiment, et propter moram cum vulgo interpretum putent hujus temporis habendam rationem. Quod ego satis refelli in commentario de mora, ne quis forte hujus loci argumento ductus, ad sententiam illam vulgarem de æstimatione ex tempore moræ statuenda transfugiat. Sane in obligatione in diem, qui sua die non solvit, moram facit citra aliam interpellationem. *L. hominem, in fin. supr. mand.* et in obligatione sub conditione contracta dies inest. Sed inest incertus, nempe cum conditio extiterit. *L. si Titio, supr. quan. di. le. ce.* inter certam autem incertamque diem ut aliis in rebus, sic in hac multum interest. Etenim cum obligatio in diem est, idest, cum fit adjecto die, quo pecunia solvatur, jam ab initio denunciat debituri creditor se sibi eo die solvi velle: quæ denunciatio manifestam crediturus interpellationem habet. Reus autem et se in eam diem ad solutionem comparare potest, quia fuit dies certus; et debet se comparare, quia jam a principio se debere scivit, etsi solutio differebatur. Quibus rebus fit, ut manifesta sit ejus culpa, si suo die non solvit. Quamobrem et moram eum facere merito placuit. *L. magnam, C. de cont. et com. stip.* Nihil simile in obligatione sub conditione contracta. Primum nullo die hic adjecto quo pecunia solvatur, non potest dici denunciari reo, ut eo die solvat. Deinde etsi conditionem quis pro die esse velit; tamen non possit antea se facile comparare reus, ubi dies sit incertus, et de quo ille divinare nihil possit; multoque minus juste exigatur ab eo ut ante se comparet, cum incertum fuerit, an dies venturus esset, eoque an promissor ullo modo esset debiturus. Et quid, si quo tempore exstitit conditio, aut rem in potestate reus non habeat sine dolo malo suo, aut etiam conditionem extitisse ignoret, idest, se debere? omnino in quo horum alterutrum est, eum moram non facere convenit. *L. quod te, supr. si cert. pet.* Quapropter ut dixi, ne in conditionali quidem stipulatione cum dicitur spectandum id tempus, quo dies obligationis venit, seu cum peti potest, his verbis ullum tempus statuitur ex iis, non dico quæ veteribus placuisse supra ostendimus, sed etiam quæ interpretes ipsi omnes agnoscant. Novum igitur id tempus hoc loco introducatur, necesse est: quod inductum nihilo sane minus novum videri debeat, quam si in pura stipulatione idem illud tempus dicatur statui, cum peti potest. Hoc autem utrubique constituto, simul etiam utrobique et illud removetur litis contestatæ tempus, tot locis tamen et tam manifestis a veteribus constitutum. Ut profecto non magis priora illa huic definitioni adversentur, quam hac definitione recepta superiora concidant: si ut dixi, hæc verba, *cum peti* potest, sic accipimus, cum primum peti *potest*. Atqui hoc omnes, ut puto, sic acceperunt; et sane non videntur hæc verba, *quo dies obligationis venit*, aliter accipi posse, quam ut his significetur is dies, qui solutioni dictus est, aut quo conditio exstitit: atque hoc die primum agi posse incipit. Quod et ego olim *in Commentario de mora* secutus, dum melius non occurrit, itaque pro certo habens id tempus hoc loco statui, omissa alia diligentiore inquisitione tanquam in re explorata rationem, cur id placeret, reddere sum conatus. Fuit autem hæc, ut quia in iis rebus, quæ functionem in suo genere recipiunt, ut loquitur Paulus in *L. 2. §. 1. supr. si cert. pet.* veluti oleo, vino, frumento, de quibus agimus, nihil admodum refert, utrum res ipsa promissa præstetur, an æstimatio, utpote qua accepta facile alias res ejusdem generis, et bonitatis eadem æstimatione ex foro petere possimus: ideirco his rebus promis is videa-

tur ipsa æstimatio rerum pro utilitate contrahentium in obligationem venisse.; in puris quidem statim a principio quo res contracta est; in aliis autem, quæ in diem sunt, aut sub conditione, tunc, cum dies obligationis venerit. Qua ratione nihil ne nunc quidem putem melius, si quidem constaret hunc locum de eo tempore, quo primum peti potest, esse accipiendum. In quod non inquisivi tum diligentius, quia de interpretatione ejus loci ex professo non agebatur; tantumque satis erat ostendere non probari hoc loco eventu ipso conditionis moram fieri. Quod superiore ratione efficiebatur. Sed male se res habet in interpretatione juris, cum in uno loco sic hæremus, ut aliorum ad eandem quæstionem pertinentium sententiam negligamus: cum ex omnibus conjunctis efficiatur quod tenere oporteat. Atqui si velimus oleo aut vino promisso, spectari tempus contractus, aut aliud quo peti potest, quo tamen nondum mora facta sit; quamcunque reddiderimus hujus rei rationem, tanto citius incurret hæc sententia, et ratio ipsa in reprehensionem. *L. vinum, si cert. pet.* et similium locorum. In quibus utrumque illud negari supra ostendimus. Ego igitur re maturius expensa, in qua quid maxime consentanee veterum sententiis dici possit, ut in quæstione omnium judicii maxime obscura, ac perplexa jam pridem tacitus et quotidie discens aliquid, observo, libenter repudio priorem illam sententiam, et falsam esse sentio, quam non dubium est refelli in *d. L. vinum.* Ac de interpretatione horum locorum ita statuendum esse judico, ut non ex hoc loco, qui non aperte de toto genere scriptus est, in dubium vocemus distinctionem apertissime et ex professo traditam in *d. L. vinum*, et tot locis aliis diserte confirmatam; sed contra ut ex ea certitudine quæ datur, sumamus id potius, quo si quid est in definitione proposita ambigui, explicetur, et ad illam distinctionem revocetur, si potest, ut initio monui faciendum. Est vero in verbis propositæ definitionis, quo id recte fieri posse existimo, etiam si tenuerimus neque conditionis eventu moram fieri, quod nobis in illa tractatione de mora propositum fuit ostendere, et verum est; neque adeo hic ulla nova interpellatione moram factam: quod hic evenisse, cum de eo nihil adjicitur, nisi inepte divinare non possumus. Ajo hæc verba, *cum peti potest*, quibus et Julianus et Ulpianus his locis utuntur, non significare cum primum peti potest, quibus verbis unum tantum et certum tempus continetur, nempe primum: sed infinite tempus quo peti potest: ut sit non quodvis, non etiam hoc aut illud, sed in genere id quo peti potest, non aliud, quo peti non potest. Sed et illa verba Juliani, *eo tempore, quo dies obligationis venit*, eandem admittunt interpretationem, ut his intelligatur indefinite tempus aliquod, quo peti potest, sive erit primum, quo agi posse cœpit, sive unum aliquod ex iis, quæ insequuntur. Etsi enim dies venire is solum dicitur, quo primum deberi utiliter incipit: tamen is ipse dies venisse in præteritum recte dicetur omnibus etiam aliis temporibus, quibus agi potest: utputa, si Calendis dare debuisti, et post Calendas tres anni toti præterierint; recte dicam nihilominus nunc me tecum agere posse, quia dies venerit, quo pecunia peti possit. Venit enim jam olim, et omnibus temporibus verum erit venisse, etiam si nunc primum eo die, quo agitur, non venerit. Hoc si accipimus, res est expedita. Etenim si de eo quæritur, an in oleo æstimando tempus aliquod spectandum sit, quo peti potest, potius quam id quo non potest; verissimum est id esse spectandum, *quo peti potest*. Neque id pugnabit cum iis locis, in quibus ex iis temporibus quibus peti potest, certa aliqua designantur. Quæcunque enim tempora constituentur postea, semper verum erit, id spectari, quo peti potest, et quo dies obligationis venit. Hanc vero quæstionem et sententiam esse hujus loci apparet. Agitur enim de stipulatione olei in diem, aut sub conditione contracta. Quæritur an olei æstimationem spectari oporteat ex eo tempore, quod diem certum, aut incertum antecessit. Negat Julianus, et generaliter definit, si quod tempus spectandum sit, id esse spectandum, quo dies obligationis venit: quia eo die peti potest. Significans iniquum esse id spectari, quo nondum peti potuit. Ad quod probandum accommodata est ratio, quæ sequitur. *Alioqui*, inquit, *rei captio erit*: Cujus hic est sensus; alioqui reus decipietur, seu fraudabitur, et damnum sentiet: id est, evenire poterit, ut sentiat, ut bene Accursius interpretatur. Neque enim semper evenit. Finge oleum prius quam dies venisset, pluris fuisse, idque quo pluris fuit, quam nunc, cum dies venit, cogi reum præstare. Aperte fraudabitur commodo medii temporis, quod illi ad solutionem liberum fuerat constitutum. *L. cum, qui Calendis*, §. *ult. supr. eod. L. quod certa*, infr. de sol. *Alioqui*, valet idem, ac si diceretur, quod si alio tempore æstimationem spectabimus. Unde facile intellectu est verbum, *aliat*, quod sequitur in Pandectis Florentinis redundare, et tanquam

apurium, aut quod ex annotatione interpretis in contextum irrepserit, esse rejiciendum. Non enim id aliud significat, quam .*. tempora: quæ verba jam satis in verbo *aliqui* includebantur. Sed hoc eo magis probandum est, quod in iisdem Pandectis semicirculis tanquam alienum, aut suspectum includitur; et apparet ab Accursio lectum non fuisse, qui cætera persecutus nullam hujus verbi mentionem fecit. Sed redeo ad sententiam definitionis. Ergo, ut dixi, hoc statuit Julianus in obligationibus in diem aut sub conditione contractis, æstimationem olei esse spectandam eo tempore, quo peti potest, non quo nondum potest peti, ne reo fiat injuria. *Quo peti potest*, inquam, indefinite, ut sit non hoc aut illo, sed aliquo, quo peti potest. Hoc vero nihil verius, idque evidenter superiores loci omnes confirmant, qui aut diem constitutum statuunt, aut tempus litis contestatæ; nam utroque tempore peti posse constat. Sed hoc amplius quæritur, ex tam multis temporibus, quibus peti potest (potest enim peti singulis diebus) an spectari possit quodlibet, quo res plurimi fuerit, an vero unum aliquod spectari oporteat certum, quanti tum res sit, et quodnam sit hoc tempus. Id hoc loco non aperte decisum, nempe aliis partibus juris relinqui intelligendum est, ut monemur in *L. præcipimus, in fin. C. de appell.* Quando igitur constat ex aliis locis, quæ sit veterum sententia de hac parte, eaque tam dilucide tradita est, ex ea nimirum decidetur res hoc modo; ut si oleum in diem promissum sit, æstimationem spectari oporteat, quæ eo ipso die fuerit: si sub conditione, non spectetur id tempus, quo conditio extitit; ne id quidem intermedium, quod eventum conditionis secutum est usque ad litem contestatam, quantumvis debitor interim interpellatus moram fecerit; sed quo res postea judicio petita erit; quia ubi dictum non est, quo die solvi deberet, non aliud placeat tempus spectari, quam litis contestatæ. Idem probandum erit, etsi oleum promissum sit Capuæ dari. Quoniam enim inest in hac stipulatione dies, intra quem possit perveniri Capuam: *L. interdum, infr. eod.* §. *loco, Inst. eod.* æstimatio quidem fiet ejus temporis, cum peti potest, idest, cum is dies præterierit, non ejus quod eum diem præcedit: sed ita, ut si ex omni eo tempore cum peti potest, quæratur, quod potissimum tempus spectari debeat, sciamus spectandum tempus litis contestatæ, ubi oleum judicio petitum erit vel Capuæ, vel alibi; cætera autem non spectari; ac ne eum quidem diem, intra quem perveniri in eum locum potuerit. Scilicet quia sit is quidem dies ejusmodi, ante quem agi non possit, at non is, qui dictus sit solutioni, seu de quo convenerit, ut eo die pecunia solveretur. Quem tamen diem exigit veterum distinctio, tradita in *d. L. vinum, si cer. pet. et d. L. ult. de cond. tritic.* quo argumento et hujus diei lapsu moram fieri in commentario de mora recte negavimus. Non me movet, quod in *L. idem, seq. hic.* cum Ulpianus dixisset ejus temporis fieri æstimationem, cum peti potest, statim subjecit velut hoc tempus definire volens, *peti autem potest, cum primum in locum pervenire potuit.* Non enim certe definit, quod sit id tempus, cum peti potest; alioqui aperte falsa esset definitio, cum certum sit etiam omnibus aliis insequentibus temporibus peti posse: sed quod sit initium ejus temporis, ut intelligatur, quando incipiat id tempus, cujus æstimatio possit fieri, de quo quærebatur. Et fateor eo quoque tempore, quo primum peti potest, fieri posse rei æstimationem, quemadmodum potest et reliquis sequentibus: sed in omnibus hac conditione, si judicio actum fuerit; ut ex omnibus temporibus quibus peti potest, æstimatio ad unum certum et constitutum referatur litis contestatæ. Constat autem loco, adjecto agi posse et litem contestari vel eodem loco, vel alio, simulatque transierit id tempus, quo in locum constitutum potuit perveniri. Hæc sententia cum verbis conveniens hos locos conciliet cum aliis commodissime, satis habet ipsa per se præsidii, quo se tueatur ex Justiniani voluntate, qui omnes ejusmodi interpretationes, quæ ad concordiam faciunt, accipi jubet. *L. 2. §. contrarium, C. de vet. jur. enucl.* Sed ut id quidquam patrocinetur huic interpretationi, non postulo, nisi ea his locis sumi potest hanc sententiam ipsorum auctorum fuisse. Id vero ita esse facile nobis probabitur, si considerabimus et quis sit auctor definitionis hoc loco traditæ, et aliud statuentibus nobis, quam quod diximus, quæ novitas et insolentia efficiatur sententiæ. Julianus est, cujus refertur hoc loco definitio. Atqui idem ipse est, cujus est illa distinctio superior, quam hactenus statui volumus. Nam et *L. vinum*, huic adscribitur. Incredibile est tantum auctorem juris, quantum fuisse scimus Julianum, qui non unam partem juris attigit, sed universum persecutus id redegit in ordinem, unde et edicti perpetui conditor, et ordinator a Justiniano dictus est *L. 2. §. sed quia, C. de vet. jur. enuc. L. pen. C. de cond. ind.* in ea ignoratione juris versatum

esse, ut tam dissentanea in eadem re scriberet, præsertim in quæstione tam celebri, et velut decantata in veterum disputationibus. Sed hoc incredibilius eum a se dissensisse in ea re, de qua extaret contraria sententia Sabini et Cassii non solum ipsi notissima, sed etiam probata, utpote Sabiniano. *L. 2. in fin. supr. de or. ju.* Quod autem ad genus sententiæ attinet, repugnat omnium veterum sententiis et regulis juris, ut cum rem debeas, exigere possim æstimationem, quæ fuit cum res contracta est, aut ejus temporis, quo nondum mora facta sit. Quæ cum ita sint, puto jam constare, quid hic veteres constituerint de vini, olei, et similium rerum æstimatione, de quo priore loco quærebamus, esse autem eam distinctionem, quæ legatur tam diserte et ex professo tradita in *d. L. vinum. si cert. pet. et d. L. ult. de cond. trit.* ut si dictum sit, quo die vinum solveretur, æstimetur, quanti tunc fuit; si non, quanti tunc, cum judicium acciperetur. Quam eandem sententiam cum nulli loci aperte mutent, necesse sit talem esse, quam manere oporteat: siquidem auctoritas juris, non etiam ratio quæritur. Neque vero tam imperiti sunt vulgo interpretes, ut ignorent, quid illis verbis significetur, ac non videant iis cætera tempora excludi, etiam si per ea tempora res fuerit plurimi; duo autem illa ita statui ut quamvis per ea res minimi fuerit, tamen illa sequi oporteat. Et sequerentur hoc ipsum sine dubio, adeo superior sententia dilucide scripta est; nisi hanc sententiam non solum perspicuis aliis locis, sed etiam notissimis regulis juris, et manifestæ æquitati putarent adversari. Id quod cum in hac re evenire judicent, satius esse ducunt quidvis admittere; verba ipsa verborumque significationem manifestam negligere; auctores adeo ipsos cum sua illa distinctione irridere, si opus est: quam pati, ut salvis verbis minime tamen obscuris aut ambiguis, tam absurda, ut ipsis videtur, aut iniqua sententia inducatur. Ergo hoc superest, ut quam recte superius illud sit a veteribus constitutum, ut propositum est, vi-
10 deamus. † Ego autem contendo non modo hac sententia nihil esse æquius, sed etiam ab hominibus peritissimis juris ex regulis ejus juris, in quo versabantur, aliud omnino statui non potuisse. Jus ratum est, quæ res non debeatur, eam exigi non posse, multoque minus ejus æstimationem. Ut enim definitio est actionis, non est actio, nisi de eo quod debetur. *L. nihil, supr. prox. tit.* neque vero pro re quæ nulla est, ulla possit deberi aut præstari æstimatio. Atque hujus juris æquitas lucet ipsa per se, nec tam auctoritate virorum prudentium constat, quam natura, exigi non posse, aut debere ab aliquo, quod is non debeat. Hoc posito; cum vinum aut oleum promissum est, vinum, inquam, generaliter, ut vini Campani amphoræ tot, olei pondo tot, de quo nunc agimus: hic si vinum omnium temporum debeatur, concedo, etiam omnium æstimatio deberi possit post moram. Quod si eorum temporum, quæ hic negamus spectari, vinum non debetur: consequens est superiori sententiæ, nec æstimationem eorum temporum deberi, aut peti posse. At vino promisso, aut ex alia caussa in obligationem generaliter deducto, ut fit in mutuo, de quo in dict. *L. vinum.* nullius temporis vinum debetur, præterquam diei constituti, aut litis contestatæ. Ex quo efficitur nullam juris aut æquitatis rationem peti, ut aliorum temporum æstimatio exigatur. Hac ratione nihil est expeditius, nihil ad superioris sententiæ confirmationem certius, si modo probetur id quod sumimus, vino promisso nullius temporis vinum deberi præter duo illa, quæ veteres comprehenderunt. Atqui nihil puto verius: cum enim vinum generaliter promittitur, incertum promittitur, ut accidit in rebus omnibus generaliter comprehensis, idest, non hoc aut illud, sed indefinite vinum, idest, ex universo genere unum aliquod corpus, quod præstabitur postea; ex quo apparet, si de certo tempore solvendi nihil conveniat, nullius temporis vinum promitti nisi ejus solius, quo promissoris visum erit solvere, quod tamen tempus ad hanc quæstionem non pertinet. Neque enim de æstimatione vini quærendum est, ubi vinum ipsum ultro solvitur a promissore. Quod si nullius temporis vinum promittitur, de cujus æstimatione quæratur, ne debetur quidem. Id enim debetur solum, quod in obligationem deducitur: Si non debetur, apparet hoc esse consequens, quod jam dixi, nec æstimationem ejus vini quod non debeatur, esse exigendam. Cur ergo placet istorum temporum æstimationem spectari et exigi, quo dictum est, ut solveretur, aut quo lis contestata est? nempe quia horum duorum temporum vinum debetur, ac debetur ideo, quia promittitur. De die ad solvendum constituto dubitari non debet. Hic enim manifestam conventionem habet, ut eo die vinum datur. Denique die adiecto promittitur vinum eo die dari. Non adiicitur quidem nominatim; ut vinum detur ejus temporis, sed ex verbo et tempore solutionis satis intelligitur, non enim potest eo tempore dari vinum, nisi quod sit ejus temporis: oportet, enim eo tempore esse,

si solvitur. De tempore litis contestatæ potest dubitari, quoniam de eo nihil aperte cautum est. Sed et de eo tacita conventio est, ut si ante nullo alio tempore vinum a reo solutum erit, hoc demum jam omnino, et sine ulla dilatione solvatur. Cum enim vinum promittitur, ab initio id agitur, ut aliquando saltem id judicio petere liceat, quo artior id consequatur. Quod cum fit, eadem opera intelligitur et illud agi: ut vinum præstetur illius temporis: quoniam petitionis, seu litis contestationis omnis vis hæc est, ut quod petitum est, id ipsum et tale præstetur, quale fuit, cum petitur. L. 2. *supr. de usur.* Ergo constituta hic sunt tempora duo a veteribus, quorum spectavemus æstimationem, dies solutionis adiectus, et sine die tempus litis contestatæ: non quia his temporibus, si vinum solutum non fuerit, mora facta sit, quam etsi fieri verum est, non tamen potuit mora obligationem de æstimatione inducere: sed quia id dictum est, ut quemadmodum daretur vinum his temporibus, ita daretur vinum eorum temporum; ut nisi daretur, consequens esset æstimationem ejus rei quæ soluta non esset, dari oportere. Dixerit aliquis, quod vinum certi alicujus temporis promissum est, seu certo aliquo tempore dari promissum, non esse argumentum ideo aliis temporibus non deberi. Nam etsi Stichum promiserim Calendis, quamvis maxime id actum sit, ut daretur Calendis, et eo tempore potissimum debeatur ex conventione: non eo minus tamen debetur et aliis temporibus; debebetur enim quandiu vivit, nec morte desinit deberi, si post moram promissoris decesserit. Non nego; neque ideo nunc dico vinum non deberi aliis temporibus, quia certo tantum tempore dari promissum sit: sed hoc solum, quo tempore vinum dari quis promiserit, ejus etiam tempori vinum deberi. Ut autem ex eo non recte colligi concedo, vinum non deberi aliorum temporum: ita profecto multo minus inde colligas, quia certo tempora vinum promissum sit, ideo etiam idem aliis temporibus promissum videri. Imo inquies, recte colligitur, nam cum quid in diem promissum est, non tantum ante diem debetur: sed etiam dies ipse argumento est ante deberi. *L. centesimis, supr. eod. §. in diem, Inst. eod.* multoque magis cum dies venerit, idem perpetuo deberi constat. *L. eum, qui Calendis, §. 1. supr. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Hæc recte dicuntur, re certa promissa, quæ quia omnibus temporibus una eademque est, eo fit, ut simpliciter promissa, non tantum eo tempore quo dari debet, sed et ab initio, et reliquis deinceps temporibus omnibus promitti intelligatur: tandiuque duratura est obligatio quandiu res erit, quæ possit. Huic vel non recte comparabitur rei incertæ, puta vini, aut olei generaliter promissi stipulatio: etsi enim genus ipsum si universum spectetur, omnibus temporibus vinum est: tamen quia genere promisso, idest, re aliqua generaliter promissa, veluti homine, non universum genus promitti intelligitur, sed una aliqua res ex eo genere, ut diximus ad *L. in stipulationibus, supr. eod.* idque maxime apparet in oleo, vino, frumento, et similibus, in quibus certa quantitas earum rerum adiicitur, ideo hoc sensu singulorum temporum aliud atque aliud vinum vel oleum intelligi necesse est, sive speciem vini spectes, quæ præstanda est, sive æstimationem. Satis enim constat quod vinum hodie daturus sis, non necessario id esse, quod alio tempore possis dare, cum possint variæ species, et divisa corpora vini diversis temporibus recte præstari. Æstimatio quidem certe singulorum temporum diversa esse consuevit; ut hac quoque parte aliud quodammodo vinum singulorum temporum videri debeat. Quod si singulorum temporum aliud atque aliud vinum est, conficitur si cujus temporis vinum promissum erit, non ideo aliorum temporum vinum promissum existimari debere. Habemus, opinor, superioris sententiæ rationem neque obscuram, neque dubiam, sed facilem et ex medio sumptam Jure Civili, eandemque quæ sit non magis juris, quam æquitatis exploratæ: ut jam illa sententia tot locis exposita non magis propter auctoritatem juris quam propter æquitatem retinenda sit. Sed tamen quia reclamant vulgo interpretes, atque hoc potius statuunt cujusvis temporis quo res fuerit plurimi, rationem esse habendam, quid illi contra dicant breviter consideremus. Atque hæ fere sunt in summa, quæ pro æquitate contrariæ sententiæ adversus hujus quam statui volumus; iniquitatem (sic enim vocant) ab illis disseruntur. Nempe colligunt ea, quæ adversus frustratores debitores in universum prodita sunt veterum sententiis, et regulis juris ut notissimis, ita et æquissimis. Sunt autem hæc: nulli frustrationem suam prodesse debere. *L. hominem. in fi. supr. eod.* imo contra debere unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione. §. unicuique infr. de reg. jur.* quibus sententiis nihil æquius. Deductæ sunt enim ex his fontibus et primis præceptis juris, unum cui-

que tribuere, alterum non lædere. *L. justitia*, §. 1. *supr. de jus. et jur.* unde illa, non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri: *L. non debet. infr. de reg. jur.* item, factum cuique suum non adversario nocere debere. *L. factum, infr. de reg. jur.* Ex quibus effici volunt, si promissor vini moram fecerit, vinum autem tum fuerit plurimi, cum petebatur, aut etiam esse cœperit postea, cum reus moram facere pergeret, æquissimum esse tanti eum damnari, quantum actor vino accepto consequi potuisset: ne aut illi sua mora prosit, qui vino usus est, et ex eo lucrum fecit; aut huic mora noceat, dum quod habere posset, ei aufertur. Eodem pertinere ajunt illam definitionem, moram perpetuare obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur, infr. eod* cujus hæc sententia sit, quale quidque est quod debetur, cum in eo solvendo mora fit, tale ad extremum præstari debere, aut ejus æstimationem, quamvis postea minoris esse incipiat. Quod si cui hæc videntur definiri generalius, eoque plus dubii esse, an ex his efficiatur reum damnari debere, quanti plurimi unquam vinum fuerit post moram: hic jam agunt cominus, et ad id probandum conferunt eos locos, in quibus diserte scriptum est, mora facta, si quæratur, cujus temporis æstimatio fiat, placere id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit. Ii sunt autem. *L. in re*, §. 1. *supr. de cond. fur.* et *L.* 3. *de cond. trit.* Adversus quæ omnia una nobis defensio est in promptu, vere nimirum illa dici de æstimatione rei quæ fuit debita. Est enim æquissimum, ut qualis præstari debuit, cum mora facta est, talis quoque præstetur postea, ne quid mora debitoris detrahat creditori; aut si talis præstari non potest, præstetur saltem æstimatio. Quod si res debita non fuit: non modo non est æquum exigi ejus æstimationem, sed etiam id fieri sine summa et manifesta iniuria debitoris non possit. Nam quo jure ubi res aliqua non debetur, pro ea re petatur æstimatio? Quid, si ne præstari quidem potest natura, ubi res nulla est, pro qua præstetur? Atqui tale esse diximus vinum omnium aliorum temporum, quam diei constituti, aut litis contestatæ. Vinum, inquam, eorum temporum ut non est promissum, ita nec debetur: proinde ne æstimatio quidem. Hoc intellecto facilis erit de singulis responsio. Unicuique mora sua nocere debet. Nihil verius, aut æquius. Sed diligenter videndum est, quatenus noceat. Neque enim hic pœna est infinita; nocet videlicet in eo quod debetur: in eo quod non debetur, nequaquam: deinde quatenus noceat illa altera regula veterum comprehensum est, cum dicitur mora perpetuare obligationem. Perpetuat mora obligationem: id est, eam, quæ fuerat, retinet, et perpetuam facit. Sed perpetuat, inquam, non parit novam: et vero constat certis modis contrahi obligationem, in his autem moram non esse. Quid autem efficitur ex eo, quod placet, mora obligationem perpetuari, ut eadem opera et de hac quoque posteriore veterum constitutione respondeam? Id omnino, quod quærimus; tantum abest, ut ad id oppugnandum hæc definitio quidquam pertineat; cum perpetuetur id solum, quod ante debitum fuit; non perpetuetur autem, quod non fuit. Si mora perpetuat obligationem, quæ fuit; fateor in proposito vinum id perpetuo deberi, quod fuit die ad solvendum constituto, aut tempore litis contestatæ; quia tum id vinum debebatur, et mora perpetuam fecit eam obligationem. Unde est, quod dum postea illorum temporum vinum præstari non potest; ideo eorum æstimationem debere præstari dicimus. At ista ipsa ratione efficitur cæterorum temporum æstimationem non deberi, quamvis ante a debitore mora facta sit; scilicet quia illorum temporum vinum non fuit in obligatione, nec potuit mora perpetuare obligationem; quæ non fuit. † Quod reliquum est, negari non 11
potest esse non obscuros locos, quibus quod dicunt traditum est, cum quæritur re aliqua petita, cujus temporis æstimatio facienda sit, spectandum esse id tempus, quo plurimi unquam res fuit post moram. Sed non observaront ubique hoc dictum esse de specie, et re certa in obligationem deducta, ut Sticho. Quod ex eo satis intelligitur, quod proponitur in omnibus res aut periisse, aut deterior facta esse. Quæ duo nisi rei certæ non conveniunt. Nam res incerta, seu genus perire non potest. *L. in ratione*, §. *incertæ*, *supr. ad leg. Falc.* sic autem proponitur in *d. L. in re*, §. 1. *de cond. fur.* et *d. L.* 3. *de cond. trit.* Quærent, quid ad rem pertineat, quod superius illud in re certa petita, responsum est, non in oleo, vino, et cæteris similibus. Quasi quod in uno genere rerum debitarum statuitur adversus debitorem propter ejus frustrationem, non idem probandum sit in quovis alio propter eandem caussam. Sane vero non idem in vino, oleo, et similibus dicendum est. Hæc enim quia infinite et generaliter promittuntur, fit, ut nullius temporis vinum aut oleum deberi intelligatur; ut consequens sit nec illius vini deberi unquam posse æ-

stimationem propter moram. Quæ differentia quia illos fefellit, non miror, si rem hanc expedire adhuc non potuerunt. Ac ne illud quidem, si difficultate eorum quæ ubilcebantur victi, in alia omnia transierunt. Hoc enim unum restabat iis, qui vino promisso omnium temporum vinum deberi statuissent, ut rebus certis promissis accidit. Atqui ita se res habet, ut corpus certum semel promissum omnibus temporibus debeatur; quia omnibus unum est, idemque; illud nimirum, quod ab initio promissum fuit. Ex quo evenire necesse est, ut quale quovis tempore id fuit post moram, tale quoque postulante creditore præstari debeat, aut nisi præstetur, debeatur illius temporis æstimatio ob eam caussam, quam supra dixi, quia mora perpetuam fecerit ejus temporis obligationem. At vino et similibus rebus, generaliter promissis, effectum est duobus illis temporibus exceptis, quæ supra comprehensa sunt, nullius temporis vinum deberi. Quod si non debetur quidem quando duque eorum temporum æstimatio. Nec si moram promissor fecerit postea, ideo magis debere incipiet, quod ante non debuerit: quoniam, ut dixi, mora perpetuare possit obligationem, quæ fuit: novam autem inducere non possit. Quanquam et illud dici potest, in vino cæterorum temporum solvendo non videri promissorem moram facere, qui eorum temporum vinum non debuit. Sed an non observamus hoc discrimen rerum debiturum servatum esse a veteribus, cum de æstimatione earum quæritur, et pro conditione varia rerum varie quoque eos respondisse, et quidem ita constanter, ut nunquam ab illis aliter factum fuerit? Cum enim æstimandum dixerunt, quo tempore res unquam esset plurimi, nusquam legimus id scripsisse eos de oleo, vino et similibus, aut simpliciter de re quavis debita, sed ubique nominatim de re certa petita, quæ perire posset, aut deterior fieri, ut *d. L. in re. §. 1. de cond. fur. et d. L. 3. de cond. tri.* Contra vero cum diem constitutum spectandum, aut tempus litis contestatæ aut certum aliquod definierunt, licet observare ubique ab illis aut quæstionem poni aut definitionem nominatim concipi de vero; ut in L. *vinum, si cer. pet. L. 3. §. ult. supr. de act. em.* aut de oleo, ut hic, aut simul de vino, oleo, frumento, et similibus mercibus, ut *d. L. ult. de cond. trit.* An temere ab illis ita fieri putamus? imo vero hæc tam diligens rerum appellatio et distinctio, in eaque distinctione perpetua veterum constantia evidentissimo argumento est, ita singulis definitionibus juris inter se diversis, genera rerum diversa nominatim esse attributa, ut intelligeremus jus ab illis statui promissum uniuscuisque generis, et distinctum ab aliarum rerum jure. Nam quod in *d. L. ult. de cond. trit.* scriptum est, idem dicendum esse de cæteris rebus, quod de vino, oleo, frumento, movere nos non debet. Id enim sic accipiendum est: in cæteris rebus similibus, iis videlicet, quæ generaliter promittuntur, aut quæ pondere, vel mensura constant.

His rebus satis jam constitutam puto veterum distinctionem de vini, olei, et similium rerum æstimatione, traditam in *L. vinum, si cer. pet. et L. ult. de con. trit.* quam et in his locis tenere nos oporteat. Atque ita constitutam, ut si in eo de sententia veterum, quam probarint, prius constitit, multo etiam minus jam de jure aut æquitate ejus constitutionis possit dubitari. † Unus scrupulus hic etiam 12 restabit fortassis, qui fiat, ut cum vinum vel oleum promissum sit, non æstimatio, et quia promissum, ideo debeatur, non æstimatio; tamen non de vino aut oleo præstando agatur, sed de æstimationem, et ea quidem quam ex hoc aut illo tempore præstari oporteat. Absurdum est enim hujus aut illius temporis exigi æstimationem, si omnino æstimatio non debetur. Porro videtur non deberi, quæ non est promissa. Etsi autem hoc constituto, cur æstimationem certi temporis spectari oporteret, de quo diximus, satis ostenditur, cur oporteat absolute æstimationem spectari, ac de eo ex superioribus satis statui potest: tamen ne hic etiam aliquid dubitationis hæreat, nonnihil et de eo separatim attingam, quo omnibus satisfiat. Principio fateor, idque ita ex jure statuendum est, frustra de æstimatione agi, nisi ipsa debeatur. Sive enim petet creditor non debitum, frustra petet; cum non sit actio nisi de eo, quod debetur. *L. nihil, supr. prox. tit.* sive promissor offeret invito, frustra offeret; cum aliud pro alio invito creditore solvi non possit. *L. 2. §. 1. supr. si cer. pet.* Quod si apud Judicem res agetur, et vinum vel oleum promissum aut ex alia caussa debitum petitum erit, ne hic quidem alia potestas est judicis, quam ut reum in id condemnet, quod in judicium deductum est, id est, in vinum aut oleum, non etiam in æstimationem. *L. ut fundus, supr. com. divi. L. ult. C. de fid lib.* Denique quamcunque sententiam dicet Judex, non potest reum condemnare in aliud, quam quod debetur. Sic enim jus est, ut non possit exigi, quod non debeatur. *L. debitor,*

infr. de verb. sig. d. L. nihil supr. prox. tit. Nec potest Judex aliter judicare quam legibus et moribus proditum est, *Inst. de off jud. in pr.* Itaque quod quidam dicunt vinum aut oleum peti posse, quia debeatur; æstimationem autem peti non posse, quia non sit in obligatione, et tamen ex liberalitate, officio atque accommodatione judicis, vini aut olei petiti æstimationem fieri posse, qualesit, non intelligo. Nam si hæc accomodatio contra jus est, cur eam Judici concedunt, quam jus adimit: si ex jure, cur nos ad voluntatem et liberalitatem Judicis revocant, cum ille ex jure hic habeat, quod sequi cogatur? Sed hoc ita est, si æstimatio a promissore non debetur, invitus eam præstare cogi non potest. Quod si Judex nihilominus in eam condemnat, inique judicat, et aut creditori, aut promissori injuriam facit. Nos autem, quid jure fieri possit, quærimus. Deinde posita ista accommodatione, tollitur quæstio hujus loci, et omnium similium, quam tamen ex illa sequi volunt. Opinor enim, ea liberalitas et accommodatio Judicis intelligenda est, cum promissori vinum debenti, et petenti tamen, ut sibi pro eo æstimationem solvere liceat, Judex eam potestatem facit, quamvis summo jure promissor vinum præstare debuerit. Atqui si permittitur promissori æstimationem solvere, solvendi necessitas tollitur. Licebit enim ei ea concessione non uti, si velit. *L. pen. C. de pact.* Hic autem agitur de æstimatione certi temporis, quam spectare oporteat, his enim verbis Julianus hoc loco utitur; nec aliam significationem habet, quod aliis locis æstimationem faciendam esse dicitur. Quod si intelligunt Judicem posse reum cogere, ut præstet eam æstimationem, jam non est hæc liberalitas et accommodatio Judicis, quæ promissori solutionem commodiorem reddat: sed necessitas, qua etiam reluctantem oneret. Multa sunt igitur, cur ista accommodatio neque recipienda sit ipsa per se, ut injusta, nec si justa esset, tamen quid quam ad hunc locum pertineat. Fatendum est, quod dixi, nec quidquam peti posse, quod promissor non debeat; nec aliud ab eo posse solvi, quam quod ipse debeat, nisi hæc ipsa potestas aliud solvendi aut ipsius contractus lege, aut jure publico ei tributa sit. Itaque cum de æstimatione vini, olei et similium rerum agitur, dicimusque alicujus temporis spectari æstimationem, ut præstetur, simul hanc quoque deberi dicimus. Verum hic subsistitur, cum vinum seu oleum promissum sit, non æstimatio. Sed debetur illa nihilominus, fitque hoc modo, ut debeatur, quod et jam supra expositum est. Quoniam enim vino promisso debetur vinum certi temporis, ut ostendimus: evenit, ut etiam eo tempore transacto ejusdem temporis vinum perpetuo debeatur; sive quod debebatur in genere. genus autem perire non potuit: *L. in ratione. §. incertæ, supr. ad leg. Falc.* sive quod etsi periisset, tamen mora perpetuasset obligationem. Quod si debetur, primum est, ut ipsum præstari debeat, si potest: si non potest, hoc est reliquum, ut debeatur ejus æstimatio, si quidem aliquid præstari volumus. Nam et in rebus certis promissis hoc idem servatur, ut quandiu res exstat, hæc petatur, ac debeat præstari. Quod si desinat præstari posse, et tamen adhuc debeatur, ut quia post moram perierit, hic jam pro re non modo præstatur æstimatio, sed etiam debetur ipsa: ejusque rei argumentum est, quod tanquam vera debita etiam peti potest. *L. in re in princ. supr. de cond. fur.* Jam vero in vino, et similibus rebus generaliter promissis, ante docuimus natura in comparatum esse, ut cum tempus præterit, cujus temporis vinum debebatur, amplius ejus temporis vinum præstari non possit. Quandocunque enim vinum in specie præstabitur postea, id erit aliud ab iis, quæ aliis temporibus dari potuissent, non tantum specie, seu numero, sed etiam æstimatione, quæ singulis temporibus variatur. Quo fit, ut pro eo quod præstari non potest, incipiat jam æstimatio deberi. Quæ et ob eam caussam præstanda est. At enim in stipulatione id solum debetur, quod promissum est, *L. quidquid; infr. eod.* quomodo igitur vino aut oleo solum promisso debeatur æstimatio, quæ non est promissa? Et aperte quidem promissa non est; sed significatione et sententia verborum nihilominus promitti intelligitur. Nam si ita promittitur res, ut velint contrahentes eam deberi, etiam si non exstet, quod fit, cum mora facta res præstari posse desiit: necesse est hoc agi inter eos, ut præstetur æstimatio, quoniam corpus ipsum rei amplius præstari non potest. Alioqui promissio sit inutilis. Quod neqnaquam admittendum est. *L. quoties in. infr. eod.* Idem et in vino mutuo dato agi intelligitur; quidquid autem in contrahendo agitur, pro cauto habendum est, *L. 3. supr. si cert. pet.*

Ad L. *Stipulatio hoc modo*. 61.

Julianus *lib. II.* ad Ursejum Ferocem.

Stipulatio hoc modo concepta, *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est: quia contra bonos mores est hæc stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio omnisque conventio de futura successione obtinenda, legibus improbatur.*
2. *Stipulatio, qua non aperte stipulor hereditatem, seu ut me heredem facias, sed pecuniam sub conditione: Si me heredem non feceris, an utilis.*

1 Omnem † stipulationem, omnemque omnino conventionem de futura successione obtinenda leges improbant tanquam turpem, bonisque moribus contrariam *L. ex. sp. C. de inut. stip. L. ult. C. de pact.* cujusmodi est maxime illa, me heredem facies? de quo jure plura hic non dicam, quia est hic mihi locus de toto genere istarum conventionum diligenter expositus ad *d. L. ult. C. de pact.*
2 † Hoc jure posito quæsitum est quo loco haberi debeat hæc stipulatio, si non aperte stipuler hereditatem, seu, ut me heredem facias; sed pecuniam sub conditione, si me heredem non feceris. Movet, quod stipulatio hoc modo concepta est, ut non videatur adversus legem. Non est enim de hereditate, quam stipulari lex vetat; sed de pecunia, quam nulla lex prohibet stipulari. Placet hoc loco non minus esse inutilem, quia sit non minus contra bonos mores. Et recte. Hic enim promissor alia via obstringitur ad stipulatorem heredem instituendum, ad quod eum obstringi lex non vult. Obligatione enim constituta malet stipulatorem heredem facere, quam non instituendo heredes suos ei quasi pœnæ subjicere. Itaque non est hæc stipulatio aperte contra legem; quia non est contra id, quod lex aperte fieri prohibet. At est in fraudem legis; quia per eam id fit, quod lex fieri non vult, etiam si verbis non prohibet; et in summa non est contra verba legis, sed est adversus legis sententiam. *L. contra, et L. seq. supr. de leg.* quod genus non minus improbatur legibus; egregie autem inter cæteras, *L. non dubium, C. de leg.* Et merito hoc etiam; non enim minus adversus legem esse judicandum est, quod est adversus ejus sententiam: cum lex id sit, non quod scriptum est, sed quod scripto voluit: unde verbum ex legibus sic accipiendum esse dicitur, tam ex legum sententia, quam ex verbis. *L. nominis. 6. §. 1. infr. de verb. sig.* Hinc apparet, cujus facti stipulatio sit inutilis, quia turpis: in eodem facto omnem pecuniæ promissionem esse inutilem, si pecunia promittatur hac conditione, si illud factum non fuerit. Idque ita, etsi nulla præcesserit de facto ipso stipulatio aut obligatio, cujus confirmandæ caussa pœna adjiciatur scilicet quia ipsa per se pecuniæ stipulatio ad constitutionem et obligationem ejusdem facti pertinens eandem turpitudinem continet. Quod et confirmatur in *L. Titia. infr. eod.*;

Ad L. *Servus Vetante*. 62.

Idem *lib. II.* ex Minicio.

Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit: nihilominus obligat domino promissorem.

SUMMARIA.

1. *Servus quacunque ex caussa domino vel ignoranti acquirit.*
2. *Servus an domino etiam invito et aperte repugnanti acquirat.* et n. 4. 8.
3. *Hereditas cur excipiatur ex iis rebus, quæ a servo Domino invito acquiruntur.* et n. 5.
6. *Possessio quia facti est, nec volenti domino per servum acquiritur.*
7. *Regula juris explicatur: Invito beneficium non dari.*

1 Quidquid servus quacunque ex caussa acquirit, id domino acquiri placet: quo in numero est, et si quid stipuletur. *L. acquiruntur, §. 1. supr. de acq. rer. do. L. stipulatio ista. §. alteri, supr. eod. L. ult. infra. de stipulatione ser.* Nec dubium est, quin quod stipulatur servus, etiam ignoranti domino acquiratur. Unde quod servus infantis stipulatur, acquiritur infanti; *L. 1. supr. eod.* et quod furiosi, furioso: *L. si a furioso. supr. prox. tit.* et quod hereditarius hereditati. *L. eum, qui, vers. quod si sibi, supr. si cert. pet.*

2 Etiamne invito acquiratur, quæsitum est. Finge cum servus stipulari vellet ab aliquo pecuniam, dominum vetuisse, quod nollet rem ita transigi, ut servus instituerat, aut quod nollet sibi quidquam rei esse cum tali promissore; servum tamen vetante domino stipulatum: an stipulatio domino acquiretur? eademque quæstio est de cæteris, quæ per servum acquiri posse dicimus, quæ modo in ea caussa sint, ut domino quæsita illum non obligent. Qualis est hereditas: nam hæc invito non acquiri constat, ne sit in potestate servi deteriorem domini conditionem facere, dum velit. *d. L. acquiruntur. §. 1. supr. de acqu. rer. dom. L. qui in aliena. supr. de acq. her.* Nunc de stipulatione quærimus, quia locus ita dat: sed ita, ut ex una specie rerum idem et de aliis rebus intelligamus. Non temere quæritur; multa enim concurrere videntur, cur non possit ex hac caussa stipulatio aut obligatio domino acquiri. Primum rei æquitas: non enim æquum videtur liberum hominem cogi quidquam facere, aut in se admittere invitum; præsertim ubi de re ejus solius, non de alieno incommodo agatur. Deinde rei natura de qua agitur. Quod enim jus vult domino acquiri, beneficium hoc juris est, quod in dominum confertur. Vel ipsum beneficii nomen, ipsa voluntas domino consulendi repugnat, quominus hic quidquam illi acquiratur invito. Si quid enim accipere cogatur quod nolit, vis hæc sit verius, quam beneficium. Ideo jus in omnibus rebus ita comparatum habemus, ut liceat unicuique quod sua caussa constitutum sit, contemnere, *L. pen. C. de pac. L. si Judex, supr. de min.* Atque adeo invito nihil acquiri compluribus regulis juris diserte confirmatur: in quibus sunt hæ: Invito beneficium non datur: *L. invito, infr. de reg. jur.* Quod cuique præstatur, invito non tribuitur: *L. invitus, §. ult. eo. tit.* item, Non potest liberalitas nolenti acquiri, *L. hoc jure. §. non potest, supra de dona.* Postremo ipsa juris ratio peculiariter in servorum stipulatione hoc efficere videtur, ne ex hac caussa quidquam acquiratur invito. Quod enim servus stipulando domino acquirit, eo videtur admitti, quia perinde habeatur, ac si dominus stipulatus esset, ut est in *L. quodcunque, supr. eod.* et ut est apud Justinianum, quia vox servi vox domini esse intelligatur. *§. si vero §. post mortem, Inst. de inut. sti.* Cui rationi locus non est in domino repugnante. Neque enim existimari potest dominus voce servi

esse stipulatus, ubi constet eum noluisse ut servus stipularetur atque adeo ne servus faceret, vetuisse. Quod contra fit in voluntate dubia domini. Potest enim existimari si sciret servum stipulari, eum repugnaturum non fuisse, quia ita fieri ipsi expedit; ne proinde illi acquiri non est alienum. Neque hæc distinctio dubiæ, et manifeste contrariæ voluntatis, in persona dominorum exemplo caret. Nam et simile quiddam accidere videtur in iis personis, in quibus ut agant aliena nomine, mandatum et voluntatem dominorum non exigimus. Ut enim sine voluntate recte agant, tunc recipitur, cum de voluntate dominorum contraria nihil proponitur. Quod si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum pro quibus interveniunt, placet eos repelli debere. *L. Pomponius §. ult. supr. de proc.* Quorum utrumque in manifesta voluntate optima ratione defenditur; In re enim dubia conjecturæ voluntatis admitti possunt. In ea autem voluntate, quam certo contrariam esse constet, non est conjecturæ locus. *L. continuus, §. cum ita, in fin. infr. eod.* Atque hæc ne videantur nihil esse, non defuerunt nostra ætate viri docti, qui æquitate rei moti, et maxime superioribus regulis, putarent obligationem seu actionem invito non acquiri. Adversus has dubitationes hoc loco et nonnullis aliis de hac re cautum est; quibus ostenditur et ex stipulatione et ex aliis caussis prope omnibus quidquid servus acquirat, non tantum volenti domino aut solum ignoranti, minimeque repugnanti acquiri, sed etiam invito et aperte repugnanti. De stipulatione hoc loco scriptum est, si servus vetante domino stipulatus sit, nihilominus obligare domino promissorem. Non dixit Julianus stipulationem domino acquiri: quanquam hoc satis esset ad intelligendum una cum stipulatione obligationem, et actionem esse quæsitam, cum hæc ex illa caussa nascatur. *Inst. eo. in princ.* Sed his verbis usus est, *domino obligat promissorem*, ut intelligamus aperte domino obligationem acquiri. Sed hoc illi, quos dixi, videntur sic accepisse, ut servus in proposito obliget quidem domino promissorem, sed non statim et absolute, verum sub conditione, si mutata voluntate dominus velit postea ex ea stipulatione experiri. Cæterum negent obligationem acquiri invito; nempe ob eas caussas quas supra commemoravi. Etsi hoc non satis huic loco convenit, ubi simpliciter dicitur servus obligare domino promissorem; unde intelligitur obligare statim, ut est vis puræ orationis. *§. omnis, Inst. eod.* ubi præterea cum dicitur servus obligare promissorem, intelligi debet obligari eo tempore, de quo propositum est, idest, quo servus vetante domino stipulatus proponitur; ne si intelligamus aliud tempus hujus obligationis, posteriora prioribus non respondeant, efficiaturque definitio hujus loci prope non minus incerta, quam si omnino definitum nihil esset: multaque etiam in eandem sententiam dici possunt: tamen ferri posset interpretatio, nisi in *L. etiam invitis, sup. de acq. rer. do.* dilucide scriptum esset, etiam invitis nobis per servos nostros acquiri, additur quidem a Cajo *pene ex omnibus caussis*. Sed hoc nihil nunc ad rem pertinet: inter omnes enim convenit stipulationem non esse ex numero earum caussarum, quæ excipiantur. Ergo non dicit Cajus, si quid servi nostri nobis invitis stipulati sint, id nobis acquiri, ut fit hoc loco, et in *L. quemadmodum. supr. de jur. do.* in quibus verbis adhuc hæc dubitatio relinquitur, an etiam nobis invitis acquiratur; sed dicit id aperte, de quo ambigitur, *nobis invitis acquiri* Id acquiritur invitis, quod acquiritur nolentibus, idest, iis qui sibi acquiri nolunt; et cum maxime nolunt, his acquiritur tamen ipso jure. At qui aliquando noluit sibi acquiri, si postea mutata voluntate velit, tumque ei acquiratur, perspicuum est, quod ita acquiritur, volenti acquiri, non invito. Quapropter secundum supra scriptam definitionem in quæstione proposita de stipulatione ita recte dicemus, si servus invito et vetante domino stipulatus sit, statim stipulationem et obligationem inde domino acquiri. Nec ad rem pertinere, quod tum dominus sibi acquiri nolit. Nam ex omnibus pene caussis certe quidem ex stipulatione quidquid acquirat servus, id domino invito acquiri. Non est vero, cur conturbemur iis, quæ contra disseruimus. Dicuntur enim recte omnia: sed in iis, quæ cuique per semetipsum acquiruntur: ad ea non pertinent, quæ nobis acquiruntur per alios, ut per servos et filios nostros. Quod ut recte explicetur: primum de æquitate hujus juris: deinde de regulis superioribus; tum de ratione, propter quam per servum acquiri stipulationem dixi, ordine et breviter respondebo. Jus et æquitas, et beneficii nomen non patiuntur, fateor, ut quod alicui delatum est, id invito acquiratur ob eas caussas, quæ supra expositæ sunt. Sed hoc ab initio et rebus integris, idest, tum cum is cui datum volumus, neque quid fecit, neque quid apud se habet, quo posito acquisitio rei sequeretur. Quod si acquisitio ex alia re pendebit, eamque rem is in se admisit,

aut admissam apud se retinet: hic certo jure utimur, et vero naturæ contentaneum est, ut qui vult antecedentia, idem et consequentia admittere cogatur: quasi ipse eo facto hanc legem et velut necessitatem acquisitionis sibi imposuerit. Quod innumeris argumentis Juris civilis confirmari potest. Sed uno atque altero contentus ero. Ex heredibus extraneis invito nulli hereditas aut bonorum possessio acquiritur. §. *ult. Inst. de her. qual. et diff. L.* 3. §. *bonorum- supr. de bon. poss.* sed acquiritur ab initio, ubi nihil dum ex ea hereditate obtinet. Quod si ex parte institutus pro ea parte heres factus sit, deinceps deficientium coheredum portiones etiam invitus accipiet, quia hæ priori, quam habere cæpit, junctæ sunt, et illam sequuntur. *L. qui ex duabus*, §. *ult. supr. de acq. her. L. unica*, §. *his. ita, L. de cad. tol.* Item nemo servos, animalia, fructus aliunde delatos invitus acquirit. At si hæc nascantur ex re nostra, nihil hic nostra scientia et voluntate ad ea acquirenda opus est. Acquiruntur illa non tantum ignorantibus, sed etiam, si id accidere potest, invitis. *L.* 2. *supr. de acq. rer. dom. L. qui scit, L. in pecudum. supr. de usur.* quandoquidem hæc jus earum rerum et caussam sequuntur, unde nascuntur. Ut si illæ nostræ sint hæc quoque necesse sit naturæ quodam jure nostra fieri per consequentiam. *L. solum*. §. 1. *supr. de rei vind. L. pen. in fin. supr. de acq. rer. dom.* In eadem caussa est omnino, quod per servos nostros acquiratur: nam si quid servus ex donationis, legati, aut alia quapiam caussa sibi traditum accipit, is eo facto constituit acquisitionem facitque ut ea quodammodo ex persona sua initium capiat. Multoque citius dixeris constituisse eum stipulationem, et ex stipulatione obligationem, qui interposuit, quæ erant stipulationis. Hac acquisitione constituta consequens est, ut qui servum habet, idem etiam et illa quæ sunt servi, seu quæ a servo sunt, tanquam fructum servi admittat, itaque ut habeat, etiam necesse est: scilicet quia servus nihil suum habere potest, ac propterea quod ab eo quæsitum est, non potest apud eum consistere, sed necesse est ad dominum pertinere propter potestatem, quam dominus in servo habet. Hanc enim video rationem reddi hujus acquisitionis in §. 1. *Inst. per quas pers. no. ac. L. acquiruntur*, §. 1. *supr. de ac. rer. do. L. placet, sup. de acq. her. et L. ult. infr. de stip. ser.* Quæ ratio manifesta huc spectat, ut statuat eam necessitatem rerum domino acquirendarum, quam dixi, per consequentiam ejus potestatis, quæ jam ante domino constituta est. Itaque re alicui recta delata non mirum, si ei invito res non acquiritur: quia ipso recusante non est persona, per quam acquiratur. Ideo nulla necessitas est rei aut per se aut per alium acquirendæ. Quod contra fit, cum quid a servo quæsitum est. Ideo enim per servum acquiritur domino invito, quia est persona, quæ prius rem acquirit: et quidem secundum regulas juris sibi traditum, aut cautum, volens, non invita: cujus deinde acquisitionem dominus propter potestatem, qua et servum et quidquid servi est, obtinet, admittere cogitur. † Neque ideo vera 3
non esse hæc ratio putanda est, quia quædam res sunt, quæ agnitæ a servo, tamen invito domino non acquiruntur; ut hereditas et bonorum possessio, *L. acquiruntur*. §. *supr. de acq. rer. dom. L. qui in aliena. supr. de acq. her.* Non enim dubito, quin secundum jus et vim potestatis idem quoque admitti oportuerit in hereditate per servum acquirenda, quod in cæteris rebus omnibus. Et factum esset omnino, nisi excepta esset hereditas. Quod consulto et summa ratione factum est, ne admissa hereditatis acquisitione dominus aliquando invitus obstringeretur hereditati propter potestatem. *d. L. qui in aliena.* Atque hoc modo eveniret, ut quæ potestas dominorum caussa constituta est ea converteretur in dominorum perniciem contra omnem æquitatis rationem. *L. nulla, supr. de legi.* Hæc vero exceptio necessitatem acquisitionis, ejusque rationem confirmat in rebus aliis. quæ per servum quæsitæ si domino non prosunt; certe illum non onerant; ut sunt quæ legantur, donantur; aut ex alia caussa traduntur servo, quæve per stipulationem ab eo acquiruntur. Nec alia ratione defenditur, quod placuit et solutione et novatione cum alio interposita debitorem et ignorantem et invitum liberari posse: *L. solvendo, supr. de neg. gest. L. si debitor tuus. infr. de sol.* quam quod hæc liberatio hujusmodi quandam consequentiæ necessitatem habet. Prius enim alio solvente constituitur solutio in creditore volente: et alio novandi animo promittente, interponitur inter eum et creditorem novatio. Quibus constitutis; et veterem obligationem in eo in quo inerat sua sponte tolli necesse est. † Sed ut ad servum redeam, 4
cur in iis, quæ per eum acquiruntur, non prohibetur is saltem contra manifestam domini voluntatem quid accipere, aut stipulari, aut si quid contra fecerit, non irritum esse jubetur? Quia recte visum est etiam servis relinquenda esse, quæ pariter omnibus hominibus rerum natura tribuit: cujus ge-

neris hæc sunt, ut possint, quod datur, accipere, et quoniam mente et voluntate, et facultate sermonis præditi sunt, ideo ab aliis quidvis stipulari possint, et cum his contrahere: idque non verbis tenus, sed utiliter, idest, ita, ut quæ ad obligationem, aut acquisitionem natura comparata sunt, ex his etiam cum servus illa fecerit, obligatio et acquisitio nascatur, ne frustra hæc servis videantur relicta. Neque vero quia hac acquisitione constituta evenit, ut quod quæsitum est, statim domino acquiratur, ideo hæc ita servis concedi iniquum aut domino injuriosum est, posteaquam hæc acquisitio sine ullo dominorum incommodo contingit. Quinimo ita statui quam maxime ipsorum dominorum interest; et vero præcipue eorum caussa constitutum videtur. Nam etsi ab initio vetuit dominus servum accipere, aut stipulari; tamen voluntatem postea mutare potest, cum ex his caussis rem aut actionem acquiri sibi utile esse perspexerit. Quod si facit, habet jam illa sibi quæsita, quæ possit mutata voluntate pro suis exercere; quæ si ab initio quæsita non essent, nunc frustra requireret. Quod si inutilia hæc sunt domino revera: tamen melius est in re dubia illi spatium cogitandi dari, et hoc modo rem integram ei servare, quam acquisitione ab initio inutili constituta spem ei præcidere acquirendi id, quod postea utile esse judicare potuisset. Denique etsi quæsita non prosunt; tamen cum illi non noceant, queri non debet. Nam si sua esse non vult, quæ quæsita sunt, et hoc dolet sua facta esse, est in ejus potestate hoc consequi, ne sint ejus, aut reum liberando, aut quod per traditionem nactus erit, alienando justis modis, vel etiam, si videtur, projiciendo et pro derelicto haben-
5 do. † Ex his autem facile intelligi potest; quid valeat illud, pene, quod Cajus addidit, cum ita definivit, *etiam invitis nobis per servos nostros acquiri pene ex omnibus caussis.* Nempe huc pertinet, quod omnes recte acceperunt, ut excipiatur hereditas, omnisque successio, quæ domino sine periculo æris alieni acquiri non potest. In cæteris caussis omnibus hoc servabitur, ut invitis nobis per servos nostros acquiratur. Nam si vel una in caussa id jus et æquum esse concesserimus, ut hoc loco in stipulatione, eadem ratio facit, ut probari debeat in omnibus. *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Loquor de iis rebus, quæ ab uno ad alium transire possunt: quo in genere sunt res corporales, et incorporales, quæ in jure consistunt, idest, jura, ut ususfructus obligatio actio; de quibus *sub tit. Inst. de reb. co. et inc.* † nam quæ sunt facti solius, ea non 6
egrediuntur personam servi, ac nec possunt, cum personæ cohæreant. *§. sed cum factum, Inst. de stip. ser.* Itaque nec volenti domino acquiruntur: *L. qui heredi, supr. de cond. et dem.* tantum abest, ut acquirantur invito. Hujus generis cum sit possessio, facti nimirum, non juris: *L. 1. §. adipiscimur. et §. si vir, supr. de acq. poss.* non mirum, si placet hanc domino invito non acquiri; nam extra caussam peculiarem non nisi scienti acquiri constat. *L. peregre. §. quæsitum supr. de acq. pos.* Ex caussa autem peculiari etsi placet ignoranti acquiri; tamen additur ideo id fieri, quia ex hac caussa intelligatur servus voluntate domini possidere hoc ipso, quod dominus ei peculium habere permiserit. *d. L. 1. § item acquirimus, de acq. poss* Sed si hoc eo fit, quia res facti ad dominum non transit, ut fit certe; si nobis constare volumus, longius progrediendum est, et ita statuendum, possessionem nec volenti domino per servum acquiri; quod et verum est, si proprie loqui volumus. Nam cum ad acquirendam possessionem duabus rebus opus sit, animo et corpore; nunquam dominus animo solo servi, et servi corpore possessionem acquirit, sed ita, si ipse velit possidere. At hoc cum facit, animo et facto suo possidere incipit, non servi. Sed ideo dicitur possidere per servum, quia cum ad eum animum corporis detentionem accedere oporteat, in eo servi corpore utatur, non suo. *d. L. peregre. §. quæsitum. de acq. poss.* Quod tamen perinde accipiendum est, quasi uteretur suo: nam cujus corporis ministerio animus possidentis in ea re utatur, nihil refert; cum etsi uteretur ministerio sui corporis, alieno tamen uteretur, non suo ipsius. Et sane absurdum sit dicere servum possessionem domino acquirere posse facto suo, qui tenendo non possessionem ullam nanciscitur, sed tantum detentionem. *L. quod servus, supr. de acq. poss. L. stipulatio ista. §. hæc quoque, supr. eod.* Sed hæc de possessione obiter attigisse sufficiat; de ea alibi dicendum est. Nunc satis est intelligi, hujus exemplum non obstare, quominus vere definiatur, quidquid per servum acquiritur ex iis rebus, quæ subsistunt, quæ eædem ad dominum transire possunt, idque sine domini incommodo, id domino etiam invito jure acquiri. Hæc de æquitate acquisitionis hujus necessariæ dicta sunt, quam autem nihil huic juri adversentur superiores definitiones de rebus invito non acquirendis, cognoscamus. Ac

primum supervacuum puto quærere, in illa definitione. 7 ✝ Invito beneficium non datur *beneficii* verbum utrum de beneficiis juris accipiendum sit, an de beneficiis privatorum, an de utrisque. Equidem si de eo interroger, respondeam *beneficii* verbo hic exprimi id, quod verbo significatur. Constat autem eo verbo significari, quidquid alicui præstatur gratis humanitatis et liberalitatis caussa, non tantum si jure tribuitur, sed etiam si a privatis confertur in alios. *L. beneficium, supr. de const. prin. L. in commodato, §. sicut, supr. cum. juncta L. 1. et 3. supr. de prec.* Nec multum ad rem pertinere putem quod definitio illa sumpta est ex libro singulari Pauli de assignatione libertorum: ubicunque enim scripta sit, et per cujuscunque rei occasionem, generalem tamen fuisse apparet, certe rationem alterius rei probandæ caussa adhibitam. Non potuit autem si ratio fuit; non esse generalis: quoniam ex singularibus propositionibus nihil concludi potest. Sed et assignatio libertorum de qua agebat Paulus, privati beneficium est, non legis. *L. 1. supr. de ass. lib.* Sed supervacuum admodum est in eo laborare: cum si quid in ea definitione ambigue scriptum esset tamen sequentibus regulis satis definiatur. Nam de beneficio privatorum, idest, de liberalitate seu donatione illa altera concepta est. Non potest liberalitas nolenti acquiri. *d. L. hoc jure. §. non potest, supr. de don.* quin etiam ne in donatione, aut alio beneficio vel publico vel privato ex his definitionibus hæreamus, de omni eo, quod alicui præstatur, quodcunque id sit, et a quocunque aut cuicunque præstetur, generalis illa definitio est, qua efficitur, quod cuique præstatur, invito non tribui, *d. L. invitus. §. ult. infr. de reg. jur.* Quæ ut non extaret, tamen hoc admisso in beneficio et liberalitate, quæ in alium conferuntur, invito nihil acquiri, nihil caussæ dici posset, cur in omnibus quæ præstantur alicui ex quavis alia caussa, non idem esset servandum; cum in his quæ dominium transferunt, omnis acquisitio duorum consensu perficiatur dantis et accipientis. *L. in omnibus rebus. supr. proæ. tit.* Ne ergo in rebus non necessariis perdamus operam, concedo sine exceptione recte dici invito nihil dari, neque domino neque servo: liberalitatem item nolenti nulli acquiri, neque domino, neque servo; idque effici superiorem definitionum partim verbis, partim sententia. Sed non eo minus verum est invitis nobis per servos nostros acquiri: neque id superioribus sententiis negatur; observandum est enim diligenter, quid dicatur.

Non dicitur invito nihil acquiri, aut invito res non acquiri. Quod si fieret, multis modis falsum reperiretur; et tamen si diceretur, fatemur ex his verbis nec domino invito quidquam acquiri posse, quamvis acquireretur per servum. Sed dicitur invito nihil dari, nihil præstari, tribuive; item liberalitatem nolenti acquiri non posse. Nego adversus ista quidquam fieri, cum domino invito per servum acquiri dicimus. Nego denique ea quæ per servum, aut per consequentiam alterius rei ulli acquiruntur, his verbis contineri. Nam ut de verbis dandi tribuendi prius respondeam, eum per servum quid acquiritur domino, quidquid id est, in eo nihil datur domino a quoquam, nihil præstatur; sed dominus a servo prius quæsitum, et ita in numero rerum suarum inventum suo jure occupat, nec accipit aliunde: similiter ut occuparet ædificium, quod in sua area positum reperisset. Quod quamvis positum esset ab alio, et is qui ædificasset, per errorem possessionem domino tradidisset; tamen placet sic a domino occupari, ut is qui tradit, nihil videatur accipientis facere sed rem suam dominus habere incipiat. Ac propterea negatur dominus cum eo qui tradit, ullum negotium contrahere, eique condictione teneri. *L. si in area. supr. de cond. ind.* Nec aliud judicium est de segetibus, plantis, arboribus agro nostro impositis, cum hæ radices egeriot; scriptum est enim in *L. si quis sciens. C. de rei vind.* quamvis extraneus imposuerit, tamen eas magis domini per solum suum fieri, quam per hujusmodi factum extranei. Eadem et fructuum omnium ratio est, qui ideo non jure seminis, sed jure soli a domino percipi dicuntur. *L. qui scit, supr. de usur.* Quod autem dicitur, non posse liberalitatem nolenti acquiri etsi acquirendi verbum proprie ad dominos pertinet in his, quæ per servum acquiruntur *L. placet. supr. de acq. her. L. acquiruntur, supr. de acq. rer. dom.* tamen liberalitatis verbum quo superior definitio utitur, non pertinet, si quid proponas servo ex donationis caussa traditum, aut stipulanti promissum esse. Quod enim a donatore in hunc confertur, liberalitatis est et donationis, utpote ab eo collatum, qui nullo jure cogebatur. *L. donari, infr. de reg. jur.* Quod autem a servo quæsitum, deinde a servo ad dominum transit, est necessitatis: non enim transit, quia servus velit, sed quia quæsitum retinere non potest. *d. L. placet. supr. de acq. her.* Nisi quis putet, quod servo donatur, etiam in persona domini donationem haberi debere, quia totum ab eodem dona-

fore profectum sit, nihil a servo. Quod non ita est. Hoc enim a servo est, quod traditum accidit, aut oblatum stipulatur: sine quibus nulla omnino foret domini acquisitio. Ac ne quis dicat, cum servus hæc facit, ea potius domini facta debere existimari, quam servi, quasi servus aliter facere non potuerit: sciendum est nihil istorum cogi facere servum: sed esse in ejus potestate, quamvis jubente domino nolle accipere aut stipulari *L. 3. C. de her. inst.* Ut consequens sit, si accipit, et stipulatur, quod id facit, uni ejus voluntati et facultati acceptum ferri debere. Quod attinet ad debitorem, quem invitum liberari posse diximus, cum aut creditori ipsi solvitur ab alio, aut creditor eum alio novationem interponit: perspicuum est, ut de eo quoque respondeam, multo minus ad hanc superiora verba pertinere: huic enim nihil detur, quod accipiat, sed creditori. Si quid inde ei bene fit, id in eo est, non quod ei datur quid, aut ipse acquirit, sed quod onus ei detrahitur. Quo detracto fit ille quidem locupletior: non tamen quia accipit, sed quia ei de suo nihil adimitur. Hæc de verbis superiorum definitionum non minus vere, quam commode ad ejus juris, de quo agitur, explicationem dici videntur. Quod si apud aliquos obtineri non potest quin existiment sententias verbis generales esse, atque hoc exprimere, nulli invito res acquiri, ne domino quidem per servum, adjiciam, quod verbis etiam generalibus admissis non incommode respondeatur, ut his quique satisfiat. Dicemus nimirum quantumvis verbis omnem acquisitionem illæ contineant, nihilominus vim et potestatem seu sententiam earum eandem hanc esse, ut ad eos solum quibus per se et principaliter acquiritur, pertineant, non etiam ad eos, quibus acquitur per alios, et per consequentiam. Idque hac ratione, quæ in omni jure observetur, quod ubique species deroget generi: cujus dicti vis hæc est in legibus, ut si qua lex aut sententia generaliter scripta est, non videatur ad eas species pertinere, de quibus alia parte juris specialiter cautum est. *L. in toto, jure. infr. de reg. jur. L. sanctio, infr. de pæn.* Quod jus plane huic parti juris convenit. Nam si concedemus superiorum definitionum verbis omnem acquisitionem contineri. Nempe in personis eorum, quibus acquiritur, generales erunt hæ sententiæ. Invito beneficium non datur: Invito nihil præstatur, Nolenti liberalitas acquiri non potest. Eorum autem quibus acquiritur, species sunt duæ, ii, qui per se acquirunt, et ii quibus acquiritur per alios. De hac posteriore specie jus constituitur specialiter, cum traditur quid servis nostris, aut per eos acquiritur, id nobis etiam invitis per eos acquiri. Proinde hanc speciem ex generalibus illis definitionibus eximi intelligendum est, eoque nec illas ad hanc speciem pertinere. ✝ Reliquum est, 8
ut occurremus ei rationi, quam extremo loco objiciebamus. Erat autem hæc; ideo per servum domino acquiri stipulationem, quia stipulatio servi sic acciperetur, quasi dominus ipse videretur stipulatus; quasique vox servi intelligeretur vox domini fuisse. *d. L. quodcunque. supr. eod. §. ei vero, §. post mortem, Inst. de inut. stip.* Etsi hanc hujus acquisitionis rationem esse negari potest; nunquam enim aperte hæc ratio redditur; tamen ut concedam esse, nihil officit sententiæ hujus loci ita existimari. Nam et tunc tum dominus aperte vetuit, ne servus stipularetur, vere tamen dicam eum perinde haberi, quasi ipse stipulatus esset; nempe quia illi acquiritur, non aliter, quam si ipse esset stipulatus. At enim constat eum stipulatum non esse, atque adeo nec potuisse stipulari invitum. Ita est, si quis naturam spectet: at jure perinde habetur, quasi stipulatus esset: non quia contra naturam putetur id fecisse; sed quia dum jure placet ei invito acquiri, eum fructum percipit ex stipulatione servi: quem habiturus foret, si ipsemet sibi esset stipulatus, etsi verum sit eum neque stipulatum esse, neque adeo stipulari potuisse. Ita non quia id fecerit perinde habetur; sed quia ejus facti effectum consequitur. Idque ita esse exemplo furiosi facile intelligi potest. Nam cum stipulatur furiosi servus, multo certius est non posse natura videri furiosum esse stipulatum, et tamen non minus de eo vere dicetur perinde eum habendum; quasi ipse stipulatus esse: quia scilicet et hic per servum acquiritur furioso. *L. si a furioso supr. prox. tit.*

Ad L. *Si quis ita stipuletur.* 63.

Africanus *lib. VI.* Quæstionum.

Si ita quis stipuletur, *sive navis ex Asia venerit, sive Titius consul factus fuerit*; utra prius conditio extitisset, stipulatio committetur; et amplius committi non potest. Sed enim cum ex duabus disjunctivis conditionibus altera defecerit; necesse est ut ea quæ extiterit, stipulationem committat.

SUMMARIA.

1. *Conditionis unius et plurium obligationi adjectarum eadem vis.*
2. *Conditionibus pluribus adjectis an omnes exsistere necesse sit, an unam dumtaxat.*
3. *Disiunctivæ conditionis vis.*
4. *Conditionibus duabus disjunctim stipulationi adjectis, si utraque exstiterit, utrum ex ea, quæ prius exstitit, stipulatio committatur, et quæ dubitandi ratio.*
5. *Stipulatio ex duarum disjunctivarum conditionum altera, quæ prius extitit, semel commissa, an existente postea et altera conditione iterum committatur.*
6. *Disjunctivæ particulæ* Seu. Sive *interdum conjungendi vim habent, et pro adjunctis significationem variant.*

1 Conditione obligationi adjecta constat hanc
vim esse conditionis, ut in ejus eventum
differatur obligatio. §. *sub conditione, Instit.*
eod. Proinde si quid sub conditione promis-
sum sit, tum deberi, cum conditio extiterit;
ante nihil deberi. *L. cedere, infr. de verb. sig.*
de qua vi dixi ad *L. eum. qui Calendis, §. ult.*
supr. eod. Ita semper conditionem stipulatio-
nis existere oportet, ut quid debeatur. Nec
vero alia vis est conditionis, cum una obli-
gationi adjecta est, alia, cum plures. Quibus
positis potuit consequens videri, quemad-
modum conditionem, quæ una adjecta sit,
impleri oportere constat; ita oportere et om-
nes, cum plures stipulatione fuerint compre-
2 hensæ. † Inde quæsitum, an pluribus adjectis
conditionibus omnes exsistere necesse sit, an
unam dumtaxat. In quo hæc distinctio ser-
vatur ex verborum significatione sumpta, ut
si quidem conjunctim plures adjectæ sint,
veluti si navis ex Asia venerit, et Titius Con-
sul factus fuerit, dabis? Omnes impleri ne-
cesse sit; si disjunctim, veluti, si navis ex
Asia venerit, aut Titius Consul factus fuerit,
dabis; sufficiat (1) unam existere; idque sive
conditiones in faciendo conceptæ sint, ut su-
periores; sive in non faciendo, ut si superiores
negative concipiantur. Distinctio tradita in
L. si quis ita, 129. *infr. L.* 5. *supr. de cond.*
inst. exempla addita sunt in *d. L. si quis ita.*
At enim omnis conditionis obligationi adje-
ctæ vis hæc est, ut nisi extiterit, nihil debea-
tur. Ita est. Sed intelligendum est pluribus
conditionibus comprehensis tum omnes obli-
gationi adjici videri, cum conjunctim compre-
hensæ sunt; conjunctio enim omnes simul
exigit. Quod si disjuctim adjectæ fuerint, hic
unam dumtaxat adjici, non plures. † Idque ex 3
eo manifestum est, quod in disjunctivis con-
ditionibus, quales sunt superiores, quæcunque
exprimitur conditio, exprimitur sub condi-
tione, si altera non exstiterit: exprimitur
denique ita, ut ea constituta simul altera re-
moveatur. Cum enim dico, si navis venerit
ex Asia, aut si Titius Consul factus fuerit,
dabis? Perinde est, ac si ita dixissem, dabis
si navis ex Asia venerit; aut si navis non ve-
nerit? dabis, si Titius Consul factus fuerit?
Vis hæc est, et significatio harum particula-
rum disjunctivarum *aut, vel,* et similium.
Hoc autem jure posito, ex duabus conditio-
nibus disjunctivis satis esse ad stipulationem
committendam unam exsistere; expeditum
est, quid sequamur, si forte una defecerit, al-

(1) Quid si disjunctim plures negativæ, Si illud aut illud non dederis? Hanc stipul. committi si utrumque non fiat. licet alterutrum fiat, videtur arguere, *L.* 13. §. 2. *de reb. dub.* ad quod vid. Don. noster *ibid. et Rob.* 2 *rec. lect.* 23.

tera exstiterit. Neque enim dici potest stipulationem committi posse ex ea conditione: quæ non exstitit. Ita necesse est, quod Africanus hoc loco in extremo responso scribit, ut stipulatio ex ea quæ exstitisse proponitur, et sola et semel tantum committatur. Quod si utraque conditio extiterit, hic duo quæsita sunt: unum, utrum ex ea quæ prius extitit, stipulatio committatur: alterum, si committitur, an etiam committatur iterum ex ea, quæ postea extitit. Quibus de rebus est hoc responsum Africani. Id enim is scribit, quod plane ad utriusque quæstionis decisionem pertineat. Ait enim, utra prius conditio extitisset, stipulatio committetur, et amplius committi non potest. Sed cur hic dubitatur? Neque enim temere est, quod Africanus de his respondet; qui non nisi de rebus obscuris et subtilibus tractare consuevit; quales solent esse res in libris quæstionum, ex quibus esse hoc responsum inscriptio declarat. Et priore constituto de posteriore minor dubitatio futura est: efficitur enim ex priore, ut postea dicetur. † Sed de priore dubitandi caussa est duplex, cum eam conditionem spectandam dicit, quæ prius extitisset. Nam primum si regulas juris sequimur de iis, quæ sub disjunctione deducuntur in stipulationem, potius dixeris, quæ posterius conditio extitisset, ex ea stipulationem committi. Ut enim in rebus cum illud aut illud promissum est, et non est certum natura, quid ex iis cuique sit minus, promissoris electionem esse placet, ut det, quod sibi putat levius aut commodius: *L. plerunque in fin. supr. de jur. dot.* ita ubi constat quid sit minus, id ipsum solum ex rebus disjunctim comprehensis in stipulationem venisse intelligitur, et in summa ubique id, quod utilius est promissori. Ex quo in summis id quod minus; in temporibus id quod longius est, videtur in obligationem deductum. *L. si ita stipulatus.* 12. *supr. L. si ita stipulatus.* 109. *infr. eod.* Atqui et in conditione tempus inest. Nihil enim interest, utrum dicam, si navis ex Asia venerit, aut si Titius Consul factus fuerit, an vero cum navis ex Asia venerit, aut cum Titius Consul factus fuerit. *L. quodcunque. §. non solum. supr. eod. L. si Titio. supr. quan. di. leg. ce.* Tum autem quis ignorat longe utilius esse promissori rem deberi ex ea conditione, quæ posterius exsistet, quam ex ea, quæ jam prius exstitit, ac si illi potestas fiat eligendi, illum longius tempus esse electurum? Quod si regulam juris de temporibus, et aliis rebus disjunctim comprehensis traditam putamus huc non pertinere; at certe ex voluntate contrahentium videtur in his conditionibus disjunctivis ordo scripturæ servandus, ut si prius navis ex Asia venit, ex eo eventu statim stipulatio committatur, quia priore loco posita sit hæc conditio: sed si prius Titius Consul factus est, non committatur stipulatio statim; quia hæc conditio adjecta sit posterius. Consentaneum enim esse diceris, ut pluribus rebus expressis id prius spectari et servari velint contrahentes, quod priore loco posuerint. arg. in *L. si communis, in fin. infr. de stip. ser.* Et de electione, quæ pluribus rebus disjunctim in stipulationem deductis promissori datur, prius respondebo. Sic autem de ea jus est, ut in hac disjunctione toties illa promissori detur, quoties res inter quas disjunctio est, conferuntur in factum ipsius promissoris: veluti cum agitur, ut det Stichum aut Pamphilum, det decem aut quinderim, det decem post unum aut duos annos. Tandiu enim jure esse debet in arbitrio promissoris, quid fiat, quandiu et natura in ejus potestate esse potest, ut hoc aut illud fiat. *L. 2. §. Scævola. supr. de eo quod cer. lo.* At quoties res disjunctim comprehensæ conferuntur in factum et potestatem naturæ, ut accidit in duabus conditionibus disjunctivis, quæ ex casu pendent, quales sunt illæ, si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit; in his non potest alias esse electio, et statuendi potestas, quam hujus ipsius naturæ, in quam conferuntur. Ut dicendum sit utrum prius natura evenerit, id servandum esse; idque ipsum et conceptione stipulationis agi intelligitur. Quare quod dicitur duobus temporibus disjunctim adscriptis, spectari longius, in certis temporibus, et quæ solutioni adjiciuntur, recte dicitur; quoniam solutio hujus aut illius temporis versatur in facto promissoris. In pluribus conditionibus disjunctivis obligationi adjectis locum habere non potest: ex his enim nulla pars obligationis, de qua agitur, ponitur in promissoris facto, sed tota in eventu et potestate naturæ. Postremo ubi in disjunctivis stipulationibus aperte comprehensum est, ut stipulatoris electio esset, constat hane promissoris non esse, sed stipulatoris juxta conventionem. *L. si quis stipulatus.* 112. *infr. eod.* Non convenit igitur ne tum quidem electionem esse promissoris, cum hanc in alterius cujusvis voluntatem collatam esse constabit. Quod si una conditione prius existente non neget reus, quin stipulatio invito se commissa sit, sed, ea commissa, postulet alterius conditionis eventum expectari, ut illa existente eligat postea ex utra stipulatione solvat, nihil proficiet: quoniam stipulatio ex unius conditio-

nis eventu semel commissa, amplius ex altera conditione committi non potest; ut Africanus subjicit, de quo postea. De ordine scripturæ, qui in his conditionibus disjunctim exprimendis servatus est, sit hoc responsum, nunquam ordinem scripturæ quidquam ad rem facere, ubi constet sententiam contrahentium non esse hanc, ut in rebus expressis una prius spectetur, quam altera. Quod in conditionibus duabus disjunctim adscriptis accidit. Cum enim ita stipulor, Dabis, si navis ex Asia venerit, aut Titius Consul factus fuerit? Perinde est, ac si ita dictum esset, Dabis, si navis venerit ex Asia; aut si illa non venerit; dabis, si Titius Consul factus fuerit? Quorum posteriorum verborum hæc vis est, ut des Titio Consule facto, quamvis nondum navis ex Asia venerit. Denique hic stipulatio confertur non in hanc, aut illam conditionem certam, sed ex duabus in eam quæ exsistet. Proinde utra prius extiterit, hæc verbis stipulationis designata est, ideoque et stipulationem committet. Recte igitur prius illud statuit Africanus, utra prius conditio exstitisset, stipulationem committi; inque etiam verba ejus observanda sunt. Non dixit, si una conditio extitisset, stipulationem committi: quanquam et hoc verum est; sed nominatim, *utra prius extitisset*; ut significaret, etiam si ea quæ posteriore loco scripta est, prius extiterit; tamen hanc spectandam, neque attendendum ordinem scripturæ, rem ibi supervacuam, ubi constet de volun-
5 tate contrahentium. ✝ Hoc constituto stipulationem in proposito committi, *utra prius conditio extitisset*; consequens est, quod adjecit Africanus, quamvis altera conditione postea existente, stipulationem amplius committi non posse. Quorum utrumque etiam ab Ulpiano scriptum legimus in *L. cum quærebatur*, *infr. jud. sol.* hoc, inquam, ex priore illo efficitur. Dicitur enim stipulatio committi, cum existente stipulationis conditione pecunia inde deberi incipit. §. *sub conditione, Inst. eod.* Quæ ergo res incipiat deberi ex proposita stipulatione, ubi semel commissa est? Utrum alia, quam quæ prius fuit debita? At res una promissa est sub duabus disjunctivis conditionibus, et quamvis plures essent promissæ; tamen conditione una existente semel omnes cœperunt deberi. Utrum eadem? At eadem res ex eadem stipulatione non magis iterum deberi potest, quam quod nostrum est, amplius nostrum fieri. §. *sic itaque, Inst. de action.* Nam nec iterum promissa ex nova stipulatione deberetur. *L. qui bis, supr. eod.* Si res plures continerentur stipulatione, et existente una disjunctiva conditione, stipulatio de una re commissa esse posset dubitari, an de alia re iterum committi posset. Quæ quæstio est: *L. si ita stipulatus*, 133. *infr. eod.* At ubi una res, et, ut loquitur Ulpianus, *una caussa inest stipulationi*, eodem auctore stipulatio amplius, quam semel committi non potest. *d. L. cum quærebatur, infr. jud. sol.* Utrumque igitur verissimum est, quod Africanus respondet, re sub duabus disjunctivis conditionibus promissa, et stipulationem committi, utra prius conditio extitarit; et commissam amplius ex altera conditione committi non posse. Sed utrumque ioquam, hac conditione, si quidem duæ conditiones non conjunctim adscriptæ sint, sed disjunctim. Id quoniam ille factum pro certo habet in hac specie, quam proponit, *sive navis ex Asia venerit, sive Titius Consul factus fuerit*, dare spondes? Etiam de eo quæsitum est, quam recte hoc statuerit; Neque enim, ut video, usquequaque est expeditum. ✝ Nam et hoc verbum, *seu*, 6
et quod idem est, *sive*, interdum etiam conjungendi vim habet. Ut in hoc legato: uxori meæ mundum, ornamenta, *seu* quæ ejus caussa paravi, do lego, *seu* accipitur pro *et*. Placet enim non hæc, aut illa legata esse, sed conjunctim omnia, id est, et priora duo, et simul posteriora; itidem ut in illo legato, Titio vina quæ in urbe habeo, *seu* quæ in portu, do lego. *L. si quis ita: supr. de aur. et arg. leg.* Hoc quidem Paulus de verbo, *seu*, sed eadem opera et de verbo, *sive*, idem respondit. Sunt enim hæc duo ejusdem omnino significationis. Planeque idem legatum futurum esset, et si ita scriptum esset, mundum, ornamenta, sive quæ ejus caussa paravi; aut, quæ in urbe habeo sive quæ in portu. Unde apparet utrumque si non semper pro conjunctione valet, at certe ut alias disjungendi, ita et interdum conjungendi significationem habere; ita fit, ut videatur ambiguum. Quod si in specie proposita de significatione horum verborum recipimus, quid restat, nisi ut secundum regulam juris ambiguitatem contra stipulatorem interpretemur? *L. stipulatio ista, §. in stipulationibus, supr. L. quidquid, infr. eod. L. cum quæritur, supr. de reb. dub.* At hac regula posita non efficitur illud, quod quidam putant, ut verbum, *sive*, hic pro disjunctione accipiendum sit; sed contra ut pro conjunctione, qua duæ conditiones conjunctim exigantur, contra quam Africanus voluit. Quid est enim promissori commodius? Nempe quod illi levius, et quo fit, ut minus obligetur. Atqui longe minus obligatur, qui non nisi sub duabus conditionibus debet, quam

qui sub una dumtaxat. Si quidem conditio obligationi injecta debitori non est onus, ne quis forte existimet pluribus adscriptis eo niunctim conditionibus quasi pluribus oneribus impositis duriorem fieri conditionem promissoris, stipulatoris meliorem. Levamentum est potius et quidem ejusmodi, quod multum remittit de onere obligationis. Nam si non existit, nihil debetur: si existit, tamen obligatio multoque magis solutio in id tempus differtur. Itaque quo plures conditiones adjectæ fuerint, quas existere oporteat, eo fiet in omnes partes promissoris obligatio levior. Quot enim erunt conditiones, tot erunt impedimenta contrahendæ obligationis, tot cum minimum dilationes promissori ad solvendum constitutæ. Quapropter ut dixi, si in hac stipulatione *sive navis ex Asia venerit, sive Titius Consul factus fuerit*, ambigua oratio est, et ex verbis tamen conjunctim conditiones adjectæ accipi possunt, quam disjunctim, ut nonnulli concedunt; non hic disjunctim positas interpretari debemus, sed conjunctim; quia hoc promissori utilius, eademque de caussa contra stipulatorem. Ex quo quærendi caussa, satisne recte Africanus responderit de specie proposita, tanquam de ea quæ habeat duas conditiones disjunctivas. Quis enim ea varietate significationis probata, quam ostendi, neget in his verbis *sive*, et *seu* ambiguam esse orationem? Nos vero negabimus in hac specie ullam eorum verborum esse ambiguitatem. Non quod non interdum pro conjunctione accipi possint: sed quia non in omni oratione cui adhibita sint, possint sic accipi; sed in certis quibusdam: ex quo genere non est conceptio ea, quæ nunc proponitur. Ac de eo ita statuendum est, verbum *sive*, et verbum *seu*, adjunctis discerni, et pro adjunctis variare significationem. Cum adjunguntur verbis, non aliam significationem recipiunt, quam disjungendi. Ut cum dico, sive navis venerit ex Asia, sive Titius Consul factus fuerit. Quod fit in exemplo hujus loci; ubi hoc dici intelligitur, si vel navis venerit, vel si Titius Consul factus fuerit. Neque vero aliter accipi potest. At cum adjunguntur hæc verba rebus, seu cum in enumeratione plurium rerum inter eas ponuntur, ut fit in his exemplis duobus, quæ supra retulimus, tum conjungendi potius habent significationem. Id autem non tam interpretatione voluntatis efficitur, quam ratione recti sermonis ita exigente. Nam cum dico, sive navis ex Asia venerit, sive Titius Consul factus fuerit, nisi utrobique in hoc verbo *sive* intelligitur conditio *si*, ut sit, si navis venerit, si Titius Consul factus fuerit, nulla idonea sententia effici potest. Nihil enim exprimo, si dicam, dabis *et* navis venerit ex Asia, *et* Titius Consul factus fuerit. Quoties autem in verbo *sive* intelligitur *si*, tum verbum compositum esse apparet ex *si*, et disjunctiva particula *ve*, quæ idem valet in compositione, quod *vel*, ita sententia orationis, et ratione sermonis sic flagitante in hujuscemodi structura orationis, qualem dixi, aperte disjunctionis particula et significatio demonstratur: neque vero salva ratione loquendi alia potest intelligi. At cum ita dico, mundum, ornamenta, *seu* quæ illius caussa paravi; item, vina quæ in urbe habeo, *sive* quæ in portu: et generaliter cum verbum, *sive*, adjungitur rebus, non verbo actionem aut passionem significanti, hic non potest id verbum sic accipi, ut habeat in se conditionem: cum nulla sit conditio, nisi ita concepta, si quid fiat, aut non fiat. §. *sub conditione, Instit. eod.* Nulla autem ejusmodi actio possit intelligi in rebus, seu in nominibus corpus aut rem significantibus: neque enim recte dicam, neque adeo hic naturalis sermo sit, do lego mundum, ornamenta, *si* ea quæ ejus caussa paravi, ubi in postremis his verbis nihil aliud adjiciatur, quo factum conditionis proprium declaretur. Quod si tum in verbo *sive*, aut *seu*, non intelligitur particula conditionalis *si*, ne illa quidem altera disjunctiva, *vel*, ex qua verbum componitur, intelligetur, ut significetur *vel si*: cum una posita continuo statuatur altera, ut accidit in rebus compositis. Ita fit, ut dum in posterioribus hujusmodi orationibus verbum, *sive*, pro disjunctione accipi non potest, necesse sit accipi pro conjunctione. Idque ita tandiu faciendum erit, quandiu in verbis, *sive*, aut *seu*, non subaudietur verbum, *mavis*, aut illa, *magis placet*, ut sit, sive *mavis*, seu *magis placet*, hoc modo; uxori meæ mundum, ornamenta, seu mavult, quæ ejus caussa paravi, do lego: Titio vina, quæ in urbe habeo, seu mavult, quæ habeo in portu, do lego. Quod ubi intelligendum sit, ex mente loquentis æstimandum est. Certe nisi aperte constet eum id sensisse, non temere a verbis erit recedendum. *L. non aliter, supr. de leg.* 3. unde eveniet, quod Paulus scribit in *d. L. si quis ita, supr. de aur. et arg. leg.* ut in re dubia verbum, *seu*, ampliandi legati caussa positum intelligatur.

Ad L. *Hujusmodi.* 64.

Idem *lib. VII.* Quæstionum.

Hujusmodi stipulatio interposita est: *si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* post triennium conditio extitit. An hujus temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur. Respondit eam stipulationem utilem esse, ita ut in ea eorum quoque annorum qui ante impletam conditionem intercesserint, præstatio in id tempus collata intelligatur: ut sententia ejus sit talis: tunc cum Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam præteriti temporis habita ratione, dena præstentur.

SUMMARIA.

1. *Quæstio legis et dubitandi ratio.*
2. *Stipulatio præpostera olim inutilis hodie valet*; et o. 4. *ubi juris tam a veteribus hoc in genere recepti, quam a Justiniano constituti redditur ratio.*
3. *Stipulatio Africano hic proposita, præposteræ stipulationi, quæ a Justiniano confirmatur, est dissimilis.*
5. *De præstationibus annuis vel menstruis, quæ sub conditione promittuntur, definito generalis.*
6. *L.* cum quidam, in pr. supr. de usur. *explicatur.*

1 Proponitur stipulatio, cujus de parte quæritur, an valeat. Sic autem proponit Africanus. *Hujusmodi stipulatio,* inquit, *interposita est: si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos decem dare spondes?* post triennium exstitit conditio. Quærit, an hujus temporis, idest, triennii præteriti nomine agi possit. Hoc de una parte stipulationis recte quærit; nemo enim dubitat, quin decem annua sub conditione recte promittantur, ut tunc incipiant deberi, cum conditio extiterit. In quo solum decem annua insequentis temporis promittuntur. Quæ per se utiliter in stipulatum deducuntur, ea non minus promittuntur utiliter, etsi adjectis præteriti temporis decem annuis, una conceptione verborum promissa fuerint: quantumvis placeret stipulationem præteriti temporis nomine esse inutilem. Quod enim adjicitur inutiliter, placuit pro non adjecto haberi, et quod jure promitti potuit, peti posse, etiam in usuris. *L. placuit, supr. de usur.* et generaliter utilem stipulationem per inutilem non vitiari. *L. 1. §. pen. supr.* Recte ergo solum quærit, an ejus præteriti triennii nomine agi possit. Non quærit autem id simpliciter, sed ita, ut dicat, an agi possit, non immerito dubitari. Nec quidquam adjicit præterea ad caussam ejus dubitationis significandam. At quamobrem dubitatur; cum hujus temporis nomine id deductum sit in stipulationem, quod natura potest præstari? Quid enim sunt dena singulorum trium annorum præcedentium, nisi triginta, si in unum colligantur? Hæc triginta quandoque præstari posse nemo dubitat. Dices illis annis singulis decem debita non fuisse, cum nondum extitisset conditio stipulationis: absurdum esse ea exigi, quæ non fuerint debita. Sed nihil ad rem pertinet, qua in caussa fuerint ante, quam conditio existeret, si postquam extitit, debentur. Atqui si promissa sunt sub conditione, hac impleta debentur omnino, ut accidit in rebus sub conditione promissis omnibus. *L. a Titio, infr. eod.* ore vero ulla debendi caussa est certior, quam stipulatio, *§. de constituta, Inst. de act.* Quid verbis opus est? ipsas etiam usuras annuas, vel menstruas constat sub conditione hoc modo promitti posse, ut si sua die sors soluta non erit, tum usuræ præstentur non tantum ex eo tempore, quo conditio extitit, sed etiam ex die interpositæ stipulationis. *L. lecta, in*

fin. supr. si cert. pet. Idque in fructibus fundi certo die promissi. cujus fructus ex die interpositæ stipulationis in stipulatum dedu cti essent, si fundus sua die datus non esset, ita probavit Paulus ibidem. ut præteriti temporis fructus ita recte promitti extra omnem controversiam poneret. Si hoc in accessione recipitur; molto magis in re principaliter promissa, quæ pro arbitrio contrahentium deberi potest, qualia sunt *decem annua*, recipiendum est. Cur ergo ait Africanus, an de his præteriti temporis nomine agi possit, non immerito dubitari? Et nulla esset dubitatio, si de ipsa pecunia præcedentis temporis tantum quæreretur. Sed ejus dandæ tempus alienum, et quo dari non potest, adjectum videtur. Nam quæ sub conditione promissa est, ea videtur promitti dari ex hac die, idest, molto ante, quam conditio extiterit. Hæc adjectio temporis in proposito du-
2 bitationem fecit. † Hanc enim stipulationem constabat olim esse inutilem, si Titius post hanc diem Consul factus fuerit, hodie dare spondes. §. *item si quis. Instit. de inut. stipul.* cujus generis illa esse videtur, quæ nunc proponitur. Etsi autem de illo genere stipulationis aliud constituit Justinianus, cui placuit esse utilem. *d.* §. *item si quis*, tamen quia de sententia Africani nunc quæritur, videndum est. quid illo jure stante ipse re-
3 spondeat. † Ostendit nimirum propositam stipulationem non esse superiori similem. Nam in proposito eorum quidem annorum qui ante impletam conditionem intercesserint, præstationem etiam in stipulationem deduci; sed in id tempus impletæ conditionis eam præstationem collatam intelligi. Idquo ex eo evidenter apparet, quod decem annua promittuntur dari *tum:* quod verbum ad universam promissionem dandi refertur, significatque extremum illud tempus, quo Titius Consul factus fuerit, quo tempus ante positum erat. *L.* 4. *in fin. supr. de cond. et dem.* At enim additum est *ex hac die.* Nempe hæc verba ita accipi debent ex sententia contrahentium, ne pugnent cum eo, quod prius placuit; ut res sit in tuto. *L. quoties in stipulationibus, infr. L. ubi, supr. de reb. dub.* Sic ergo accipientur, ut referantur non ad id tempus, quo decem annua dari debent: sed ad id, cujus nomine dari debent; ut sit sententia hæc, quam Africanus dicit, ut scilicet dena præstentur in singulos annos tunc quidem solum. cum Titius Consul factus fuerit; sed tamen ita, ut præstentur etiam habita ratione præteriti temporis, quod inter stipulationem interpositam et impletam conditionem intercessit. In summa ut præstetur pecunia ejus temporis, non eo tempore. Sed hæc dicta sunt, ut sententia Africani hoc loco intelligatur. † Cæterum 4
hodie nihil ista defensione est opus. Si quis enim quod stipulatur sub conditione, idem stipuletur ex hac die, etiamsi non addiderit articulum, *tunc;* imo vero etiam si non *ex hac die*, sed eperte et simpliciter *hodie* dixerit; tamen Justinianus probavit stipulationem. *d.* §. *item si quis.* quæ constitutio, si auctoritatem constituentis spectamos, omnem dubitationem sustulit. Sin rationem et æquitatem juris quærimus, verendum est, ne illa in constitutione Justiniani desideretur: ac proinde ne ab æquitate eandem nobis reliquit dubitationem. Videtur enim constitisse ratio veteribus, cur statuerent superiorem stipulationem esse inutilem. Cur autem Justinianus id mutaret, nullam fuisse: certe ille nullam reddidit. Sed ne hic etiam requiramus æquitatem constitutionis Justiniani, utque hoc modo omnis hic dubitationis caussa penitus tollatur, non erit alienum ab hoc loco paucis ostendere, quid veteres in illa sententia, quid Justinianum in contraria moverit, ex quo etiam, quam recte constituerit Justinianus, intelligetur. Cur illa stipulatio inutilis visa sit, si navis ex Asia eras venerit, hodie dare spondes, hæc ratio redditur apud Justinianum in *d.* §. *item si quis*, quia præpostere concepta est. Et est ita omnino. Sed hæc ratio longius progreditur. Hoc enim efficit, ut videatur stipulatio continere id, quod natura, aut jure fieri non potest; conditione namque posita hoc agitur, ut prius quam illa extiterit, nihil debeatur, nihil detur: atque adeo jure deberi nihil potest. His autem verbis *hodie dare spondes*, id agitur, ut *hodie* dari oporteat. Hoc vero jus non patitur; ut autem etiam dari oporteat, quod non debetur, idest, quod non oportet, ne natura quidem ipsa concedit. Nec vero dubiom est, quin ita statui oportuerit, si in verbo, *hodie*, subsistimus. Quod veteres fecerunt. Sed longius eundum est, et videndum, quid amplius velint. et in stipulatum deducant contrahentes: ac si stipulator aliis quoque diebus stipuletur dari, quibus recte dari potest, curandum, ut his dari debeat, inutilibus aliis rejectis: ut fiat scilicet. quod initio dixi, ut quæ inutiliter adjecta sunt, habeantur pro non adjectis; cætera integra serventur. *d. L. placuit, supr. de usur.* At qui stipulatur dari hodie, et 1 verbo hoc tantum die stipulatur; sententia tamen ejus est, ut detur quidem hodie si obtineri potest. sed ita, ut si hodie non datur, non minus detur aliis omnibus inse-

quentibus diebus; iis maxime, qui eventum conditionis sequentur, quibus res Incipiet jure deberi. Idque ex eo intelligitur, quod si quis stipularetur simpliciter hodie sibi dari, vis hæc esset stipulationis, ut non tantum eo die dari deberet, sed perpetuo donec pecunia soluta esset. Nec aliud sentit promissor, cum hodie promittit. Hanc sententiam verborum secutus Justinianus, et adhibita præterea superiore regula de inutilibus rejiciendis, recte superiorem stipulationem recepit. Primum illud, *hodie*, ut inutiliter adjectum et contra naturam stipulationis conditionalis, pro non adjecto habuit dictante regula superiore. Quo fit, ut ea stipulatione de qua agitur non videatur cautum, ut ante impletam conditionem quidquam detur. Quod reliquum est temporis post conditionem impletam, eo tempore dari voluit, atque hactenus stipulationem valere: quia ut tum quoque daretur, stipulatione actum est, et ut actum est, ita potest præstari natura. Sublata est igitur, ut dixi, hac constitutione omnis dubitatio de proposita specie.

5 † Ac jam sine hæsitatione ulla de præstationibus annuis vel menstruis, omnibus, quæ sub conditione promittantur, ita definiendum; Quoties hæ præstationes, ut decem annua, usuræ annuæ, aut menstruæ, item fructus in stipulatum deduruntur, licere eas res ita stipulari sub conditione, ut simul stipulemur eas dari ex die interpositæ stipulationis. Quibuscunque autem verbis significetur id placere, stipulationis banc vim esse, ut existente ejus conditione non solum incipiant deberi sequentis temporis pensiones, sed etiam quæ præterierunt, statim debeantur, ac statim peti possint. Nec ad rem pertinere, quod præteriti temporis pensiones indebitæ fuerint, eum in stipulatum deductæ sunt. Ab initio enim in ea caussa fuisse, ut sunt et res quævis aliæ sub conditione promissæ: sed post impletam conditionem incipere ex stipulatione recte deberi. Ne illud quidem officere stipulationi, quod de tempore comprehensum est, ut ejus quoque totius temporis, quod stipulationem sequitur, et ante impletam conditionem intercedit, præstentur pensiones ex hac die. Hoc enim de tempore præsenti additum esse, non ut eo tempore præstarentur, sed ut intelligeretur, hoc agi, ut præstarentur pro eo tempore; non nunc tamen, sed quandoque: cum scilicet dies dandi, seu obligationis venisset, idest, cum conditio extitisset. Hoc jus piaculsse etiam veteribus, ut ex hoc loco apparet, *et L. lecta, in fin. si cert. pet.* sed sine exceptione tum confirmatum esse a Justiniano, cum quocunque modo tempus, quod impletam conditionem antecedit, expressum esset, noluit stipulationi nocere. Ac si nihil obstet præterea præteriti temporis præstationibus in specie proposita, jus hoc in omnibus perpetuum esse necesse est, ita ut nec usuræ excipiantur, ut supra diximus, *d. L. lecta, in fin. si cert. pet.*

† Opponitur tamen huic 6 sententiæ de usuris exemplum *L. cum quidem, supr. de usur.* nam cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras præstaturum, et si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniæ quam mutualus est, semisses soluturum, et redditis per aliquot annos usuris, mox stipulatio commissa esset: illic placet pro antecedente tempore usuras semisses non deberi, sed dumtaxat ex die cessationis. Sed in promptu ratio est: nam usuræ præteriti temporis in ea specie illicitæ sunt, ut non magis in ea deberi possint, quam aliæ quævis illicitæ, quæ simpliciter, aut solum ex die existentis conditionis in stipulatum deductæ essent; id quod rescriptum, quod illic refertur, satis declarat his verbis, *præsidem adi, qui stipulationem, de cujus iniquitate quæstus es, ad modum justæ exactionis redigel.* At cur in ea specie usuræ præteriti temporis illicitæ, seu usurarum injusta exactio? an quia promittuntur usuræ, res videlicet odiosa, et promittuntur pro antecedente tempore, quo debitor in mora non fuit? Sed hujus quoque temporis usuras utiliter promitti Paulus auctor est in *d. L. lecta;* idem qui et auctor est *d. L. cum quidam.* Nec quidquam in usuris minus licet, dum eas nobis cavemus, quam in cæteris rebus, dum usuræ non excedant legitimum modum. An quod pro minoribus usuris, quæ initio promissæ erant, majores postea ex cessatione promittuntur? Sed non est iniquum eas usuras ex eventu et cessatione debitoris sibi stipulari, quas statim ab initio stipulari licuisset. Ac si hæc iniqua conditio esset, in totum majorum usurarum stipulatio esset inutilis, etiam ejus temporis nomine, quod cessationem secutum esset. An ergo potius, quia usuræ promissæ sunt, non ob sortem solutam, ut fit in ea stipulatione, quæ proponitur in *d. L. lecta, in fin.* sed ob usuras minores non solutas? quasi quidquam ad rem pertineat, propter quam cessationem debitoris, usuræ alioqui per se et sine cessatione licitæ, illi infligantur: aut quasi minus æquum sit cessationem debitoris plecti ob pensiones usurarum jure debitarum sua die non solutas, quam ob sortem non solutam. Sed an non videmus etiam

hac ratione admissa, itidem ut in superiore accidit, stipulationem istam majorum usurarum in totum improbari, non tantum ejus temporis nomine, quod cessationem antecessit, sed etiam ejus quod sequitur? utrumvis enim tempus dederis, semper verum erit usuras promissas esse ob alias non solutas. Atqui de antecedente tempore solum quærimus: nam pro eo, quod sequitur cessationem, extra controversiam est stipulationem valere, et majores usuras ex cessatione deberi. Quid ergo est? Et perspicuum est in specie proposita usuras majores quatenus ex die cessationis promittuntur, promitti in id tempus, quo nullæ adhuc solutæ sunt, aut solvi debent. Majores si præstantur solæ, quovis tempore licite promittuntur, quia legitimum modum non excedunt. Quatenus autem promittuntur in præteritum, ecquid observamus promitti eas in id tempus, quo jam minores solutæ erant; itaque id agi stipulatione, ut pro eo tempore et minores jam acceptas retineat creditor, et nihilominus juxta conventionem amplius totius sortis usuras semisses accipiat? et sane proponitur debitor per aliquot annos solvisse usuras minores: deinde eum aliquo anno desiisset solvere, commissa stipulatione convenire in præteritum quoque, ut ejus temporis nomine semisses præstet, ut cautum erat. Ex quo apparet eum, qui ita stipulatur, in præteritum tempus usuras binas stipulari: quæ conventio aperte iniqua est, et contra legem. Nam si usuras usurarum per leges stipulari non licet etiam, cum prior usura sua die soluta non est: *L. placuit, supr. de usur. L. ult. C. eod.* multo minus usuris alicujus temporis recte solutis, licebit ob cessationem aliquam sequentem in id tempus alias usuras stipulari, non quæ sint priorum usurarum usuræ, idest, quantitate longe minores, sed quæ sint etiam majores prioribus solutis.

Ad L. *Quæ extrinsecus.* 65.

Florentinus *lib. VIII.* Institutionum.

Quæ extrinsecus, et nihil ad præsentem actum pertinentia adjeceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur, nec vitiabunt obligationem: veluti si dicas, *Arma virumque cano, spondeo. nihilo minus valet.*

Sed et si in rei quæ promittitur, aut personæ appellatione varietur, non obesse placet. Nam stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis; et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio ob verba supervacua non vitiatur.*
2. *Congruentia responsi ad interrogatum quibus in rebus posita.*
3. *Stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondens obligatur.*

1 In stipulatione ad interrogatum responderi oportet, et quidem congruere responsionem *L. 1. §. si stipulanti, et §. ult. supr. §. præterea, Inst. de inut. stip.* Id si in aliqua parte responsionis recte factum est, nihil nocet aliena quædam responsioni admiscuisse, et ad interrogatum nihil pertinentia. Non quod non sint ista inutilia; sed quia cum utilibus admixta sint, ea lex servanda sit, quam superiore capite dixi, ut quæ utiliter gesta sunt, maneant; quæ contra, pro supervacuis habeantur, neve utile unquam vitietur per aliud inutile. *L. 1. §. pen. supr. d. L. placuit, supr. de usur.* † Qua parte autem congruere responsum volumus, congruentiam intelligere debemus positam non in iisdem verbis, eademve lingua; sed in verborum sententia et significatione. Secundum quam si congruenter respondetur ad interrogatum, satis est, de quo dixi ad *L. 1. §. si quis ita, et §. ult. supr.* Hujusmodi est, quod hic proponitur in extremo, si quis de re aliqua, aut 2

persona certa certo nomine interrogatus, alio nomine de utroque respondeat, eandem tamen rem aut personam exprimente. Exem-
3 pla utriusque partis hic sunt addita. † In quibus illud notandum est, quod si quis stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondeat, ait Florentinus eum obligari. Significans aureis nihil aliud contineri, nisi eos denarios, quibus singuli aurei æstimantur. Alioqui qui de denariis interrogatus de aureis ejusdem quantitatis, idest, æstimationis responderet, non idem videretur respondere, ac proinde non obligaretur. Hoc ego quoque cum aliis monendum putavi, quia pertinet ad multas quæstiones explicandas, quæ in mutua pecunia reddenda circa mutuum incidunt. Sed tantum monere satis fuit, ut notaretur locus. Cæterum de his alibi dicendum est. Scripsi ad *L. 3. sup. si cer. pet.*

Ad L. *Si minor*. 66.

Paulus *libro III. ad legem Æliam Sentiam.*

Si minor viginti annis a debitore suo stipuletur servum manumissurum, non est executio stipulationis danda. Sed si ipsorum viginti annorum erit non impedietur manumissio: quia de minore lex loquitur.

SUMMARIA.

1. *Lex Ælia Sentia quatenus minori 20. annis manumittere servum permittat.*
2. *Stipulatio, qua quis a minore servum manumitti stipulatur, est inutilis.*
3. *Minor, an servum alienum a domino manumitti recte stipuletur, et quæ in hac L. dubitandi ratio.*
4. *Executionem stipulationis non dari, quid.*
5. *Minor non est, qui annum 20. complevit, coque recte manumittit.*

1 Lege Ælia Sentia cavetur, ne minor viginti annis servum suum manumittat, nisi vindicta, idque justa caussa manumissionis apud consilium prius approbata. §. *eadem, Instit. quib. ex caus. man. non lic.* Si quis contra hanc legem stipuletur, constat stipulationem nullius esse momenti. Quod ita fit, si stipuletur, quod lex fieri prohibet. *L. si sti-*
2 *pulor, supr.* † Itaque non dubitaremus, quin stipulatio esset inutilis, si quis stipularetur a minore ipso servum manumitti. Aperte enim cavetur, ut ipse manumittat, id ipsum nimi-
3 rum, quod lege fieri prohibetur. † Quod si e converso stipuletur minor servum alienum a domino manumitti; hic verba legis dubitationem afferunt, sit ne aliquid impedimento stipulationi. Non enim hic quidquam videtur fieri contra legem ubi et alius manumittit, quam minor, et servum suum manumittit, non minoris. Et si stipuletur minor de servo alieno, eum neque ab eo datus esset manumissionis caussa, neque illi deberetur, puto nihil dubii fore, quin stipulatio valeat. Nam neque hic manumittit minor, nec quidquam manumittitur ab alio, quod non dicep sit minoris, sed etiam esse possit. Sed nec ea manumissio damnosa est minori, quippe cui nihil eo facto decedat. Ac si verum amamus, prodest ei potius, certe ratam haberi ejus interest, postquam, ut præclare scriptum est a Papiniano, beneficio affici hominem interest hominis. *L. si servus. supr. de ser. exp.* ut appareat nihil hic fieri neque contra legem, neque in fraudem legis. Non idem placuit, si aut minor servum dederit ea lege, ut manumitteretur, idque etiam stipulatione caverit; aut cum ei tantum deberetur, nec prius ejus fuisset, stipulatus sit a debitore servum manumissum iri. Prior stipulatio, seu conventio, multoque magis traditio implorabatur in *L. minor. supr. de ser. exp.* quo referri debet, *L. si quis quos, supr. de leg.* 2. Posterior hoc loco. Utraque quia contra legem; et ideo contra, quia in fraudem legis. Etsi enim verbo non manumitti minor: utrobique tamen perinde habetur, quasi manumitteret, nec minus abest, ei servus ea manumissione, quam si ipse manumisisset. Ita salvis verbis, fit quod lex fieri noluit; quæ definitio est eorum, quæ

in fraudem legis fiunt. *L. contra. et L. fraus, seq. supr. de legib.* Atqui is quidem qui servum tradit ea lege, ut manumittatur, aperte legem circumvenit: qui quia manumittere ipse non poterat per legem, ideo quæsita alienationis specie alium adhibet, per quem manumittat. Is manumittit, qui manumittit per alium. *L. 1. §. defecisse, supr. unde vi,* manumittit, qui manumissionis caussam præbet; si modo eum qui manumittitur, per caussam ejus manumissionis amittat: quod in ea specie contingit. Qui autem stipulatur a debitore suo servum sibi debitum manumitti: is, si stipulatio valet, et servus manumittitur a debitore, ideo nihilominus quam superior, servum manumittere intelligitur, quia nihil interest, utrum servum jam suum factum alteri manumittendum quis tradat, an sibi debitum manumittendum permittat debitori. Nam et is intelligitur servum habere, qui ad eum consequendam actionem habuit. *L. is qui actione, infr. de reg. jur.* Denique solius minoris rem in ea manumissione versari, indicio est, quod debitor servum manumittendo perinde quasi solvisset, ita servo voluntate creditoris manumisso et sine culpa sua commerciis hominum exempto liberatur: *L. si servum. infr. eod.* minor autem liberato debitore actionem, quam prius habuit, et una cum actione servum, quem inde, consequi poterat, amittit. Ita in utroque aperte circumvenitur sententia legis, dum id fit, quod lex noluit, etiam si verbis non vetuit, quod cum accidit, non minus stipulatio habetur contra legem, nec minus improbatur. *L. non dubium. C. de*
legib. † Hoc est, quod Paulus de hujus- 4
modi stipulatione hic scribit, non esse exsecutionem stipulationis dandam. Exsecutio non est danda, idest, nec minori actio ob servum non manumissum, nec debitori potestas manumittendi, ut servo manumisso liberatio contingat. Nam in actione, et solutione vel promissæ versatur exsecutio et eff ctus obligationis. Sic exsecutionem obligationis ab eodem Paulo nominatim inter omnes constat in *L. in exsecutione, infr. eod.* Referri autem hoc verbum non tantum ad actionem, sed etiam, et quidem præcipue, ad manumittendi potestatem, declarat adversativa sententia quæ sequitur: *sed. si* inquit. *Ipsorum viginti annorum erit, non impedietur manumissio*; Ergo hoc prius,
dicebat eam impediri. † Quod ait. si mi- 5
nor erit ipsorum annorum viginti, non impediri manumissionem, id significat, quod apertius scriptum est in *L. 1. supr. de manum.* eum posse manumittere, qui annum vicesimum complevit: complevisse autem, qui diem supremum agit anni vicesimi. Quod utrobique hac ratione statuitur, quia lex de minore loquatur, quem vetet manumittere: ut autem additum est in *d. L. 1.* minor non est, qui annum complevit.

Ad L. *Illa stipulatio.* 67.

Ulpianus *lib. II.* ad Edictum.

Illa stipulatio, *Decem millia salva fore promittis?* valet.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio, Decem salva fore spondes, quid contineat, et quatenus valeat.*

1 Hæc verba, *decem millia mihi salva fore spondes?* Hoc continent, ut mihi salva sint non tantum a te, sed etiam a quovis alio: quasi ita dictum esset, neque te, neque quemquam facturum, quo minus mihi salva sint. Hinc eadem dubitatio de hac specie, quæ de illa stipulatione, habere licere spondes? in *L. stipulatio, ista supr.* quippe ut in illa, sic in hac supra scriptis verbis promissor factum alienum promittere intelligitur. Id vero promittitur inutiliter. Sed ut illam, sic et hanc nihilominus valere placuit. Nempe hanc eadem ratione, qua et superior recepta est. Factum alienum inutiliter promittitur, ita est: atque hactenus fatendum est promissorem ex utraque stipulatione non obligari. Sed non eo minus valet stipulatio, qua parte de se, et heredibus suis promissor cavet. Hoc enim recte fit, atque hactenus stipulatio valebit.

Ad §. *Eum qui decem.*

Eum qui decem dari sibi curari stipulatus sit, non posse decem petere: quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait. Idque et Celsus libro sexto Digestorum refert.

S U M M A R I A.

1. *Promittens se, ut decem dentur, curaturum, ad quid teneatur.*
2. *Locuples quid dicatur.*
3. *Rei verbum hic quomodo accipiatur.*
4. *Promittens se facturum, ut decem dentur, quatenus obligetur, et an ipse dare cogatur.* et n. 6.
5. L. Si heres jussu, in princ. supr. de leg. 1. *declaratur.*

1 Qui se curaturum, ut decem dentur, spondet, non necesse habet ipse dare: quoniam id non promittit: sed tamen placet eum alterutrum præstare debere, ut aut det ipse, aut saltem reum locupletem det, qui ea promittit: cæterum hunc dando liberari, ut et scriptum est hoc loco et refertur pluribus verbis in *L. ult. §. ult. supr. si cert. pet.* Id vi verborum efficitur. His enim verbis, decem tibi dari curabo, cura quidem solum et diligentia promittitur; sed cura non inutilis, seu cura cum effectu, ut verba eum in legibus accipi solent; L. 1. *ver. hæc autem, supr. quod quis. jur. in al. stat. L. 3. supr. ne quis eum, qui in jus vo. est.* Tum maxime in stipulationibus et contractibus; ne nihil videantur egisse contrahentes. *L. ubi, L. quoties in actionibus, supr. de reb. dub.* Hæc cura sic erit utilis, si eo usque processerit, ut certum efficiat eam pecuniam alium saltem daturum. Quod ita fit, si promissor det ejus pecuniæ locupletem reum: a qua et pecunia peti possit, quia eam
2 promiserit, et cum re exigi, quia sit locuples. † Dicitur autem is locuples, qui sit locuples, primum facultatibus, pro rei tamen de qua agitur, qualitate: tum ex conveniendi facilitate. *L. 2. supr. qui sat. cog. L. 1. supr. in jus voc. ut*
3 *eant.* † De verbo rei, rectissime sentiunt, qui reum monent hoc loco accipiendum esse reum principalem, non fidejussorem. Nam pro eo, qui tantum debet reum locupletem dare, si fidejussor interveniat, non possit is obligari, ut decem det, de quibus dandis agitur, cum ea promissor non debuerit. Neque enim in aliam rem fidejussor obligari potest. *L. græce, §. si quis Stichum, inf. de fid.* Dabitur igitur reus principalis, qui promittat se daturum decem non ante ab alio debita. Quippe quæ prior promissor non spoponderit se daturum sed tantum se curaturum dari. Hic reus posterior a juris auctoribus dicitur expromissor. *L. eleganter, §. servus, supr. de dol.*
† Quod de eo dictum est, qui promisit se 4
curaturum decem dari, dubitatum est, num idem probandum esset et de eo, qui promisit se facturum, ut decem dentur. Et existimari potest idem hic quoque esse probandum. Quid enim inter hæc interest, curabo, ut decem tibi dentur; et, faciam, ut tibi dentur? Dices, curare esse, diligentiam adhibere: facere autem esse, perficere, ut re vera dentur. Hoc ad ista distinguenda non est satis: nam verbo *curandi* diximus quidem curam promitti, sed efficacem, et eam qua fiat, ut detur: at hoc non minus efficitur earum locupletem dando. Cur non ergo et in eo, qui promisit se facturum, ut decem dentur, stipulationem sic accipimus, ut facere quidem debeat promissor quo dentur: non tamen utique a se, sed ab alio, quem det ejus summæ expromissorem? Nam ut hunc statuamus omnino cogi dare, nihil nos juvare potest, quod apud Justinianum scriptum est, si quis se effecturum promittat, ut alius det promissorem obligari, *§. si quis alium, Inst. de inut. stip.* Concedimus enim facere hic valere idem, quod efficere: volumus eum, qui promisit se facturum, ut decem dentur, obligari, ut illic scriptum est. Sed de eo non agitur: Quæritur, quatenus obligetur, et an ipse cogatur dare, quod ex superiore loco nullo modo efficitur: nam et eum, qui promisit se curaturum, ut detur, obligari placet; neque eo minus reum locupletem dando, eum liberari dicimus. † Sed et illud, quod de supre- 5
ma voluntate scriptum est in *L. si heres jussus sup. de leg.* 1. Non videatur prima fronte esse satis. *Si*, inquit Cajus, *heres jus-*

sus sit facere, ut Lucius centum habeat, (idest, si ei dentur) *cogendus est heres centum dare.* Si nihil inquam, adiiciatur amplius dici potest statui hoc prolixius favore supremæ voluntatis, dictante hoc regula juris, qua efficitur in testamentis plenius voluntates testantium interpretandas, *L. in testamentis, infr. de reg. jur.* Sed verius est, quod et vulgo probatur, quod de eo herede respoosum est, qui jussus est facere, ut Lucio centum dentur, admittendum esse et in stipulatione de eo, qui idem se facturum promisit: ut et hic nimirum cogendus sit dare, nec liberetur idoneum expromissorem dando. Itaque dissimilem esse illi, qui se promisit idem Curaturum. Idque declaratur satis in *d. L. heres jussus*, non eo quod heres ad id faciendum obligatus fuit, a quo videri potuit distare promissor: sed ea ratione, quæ illic est addita. *Cogendus est heres*, inquit Cajus, *centum dare, quia nemo facere potest, ut ego habeam centum, nisi mihi dederit.* Ratio est ex significatione verborum ducta, ad omnem pertinens, qui in id obligatus est, ut faciat, ut mihi centum dentur, sive ego centum habeam; et maxime si se aliquis in hæc verba obligarit. Sed cur hæc verba aut in herede aut in promissore sic accipimus, ut Cajus scribit? neque enim videntur ista esse eadem, faciam, ut tibi dem centum; et, faciam, ut tibi centum dentur; cum possint centum tibi dari, et tamen recte dari ab alio? An quod verbum *facere* dandi caussam continet? sic enim traditur in *L. verbum facere, infr. de ver. sig.* Sed cur non ista ratione dicimus eum, qui promisit se facturum, ut centum dentur, non teneri, ut ipse det? Nam et verbum *facere*, ut ibidem scriptum est, omnem faciendi caussam continet. Noo tantum dandi, sed etiam solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi; ac proinde etiam curandi. Longe aliud est, verbum facere generale esse, et omnem faciendi caussam continere, eoque et dandi: aliud, verbum facere, significare specialiter dare, ut qui facieodi verbo usus est, intelligatur promisisse se daturum. Non ergo si prius significat, ideo et posterius; de quo tamen posteriore nunc quæritur. Et hoc quidem vere dicitur, quacunque in causa verbum faciendi per se usurpetur. In proposito autem etiam stipulationis ratio repugoat, quominus verbum *facere* dandi habeat significationem. Non enim promissor promittit se facturum centum, sed se facturum, ut illa dentur. Quid porro esset ineptius, quam ita interpretari, dabo centum, ut tibi dentur? † Res sic habet: facere aliquid generaliter est, præstare, 6
seu efficere, ut jam nunc id sit. Itaque facere ut decem deotur, est præstare, ut jam nunc sit ea datio. Recte Cajus ait, si quis id facere debet, non posse eum facere, nisi ipse dederit. Nam qui offert expromissorem, non facit, ut nunc dentur decem, sed ut expromissor. Quod autem non idem interpretamur in eo, qui promisit se curaturum, ut decem dentur, vis quoque verbi, curare, dissimilis facit. Nam hoc verbo cura tantum et diligentia promittitur. Etsi autem ea efficax quæritur, quæ non minus faciat, ut decem dentur postea; ea tamen rem presentem non exigit. Nihil enim prohibet curam et diligentiam adhiberi ad rem aliquam perficiendam, etiam si nunc non perficias. Curavit ergo decem dari, qui idoneum expromissorem dedit; quia curavit, quo decem darentur com affectu, etsi non nunc, sed postea, cum stipulatori videretur. Quod ad curam est satis.

Ad L *Si pœnam.* 68.

Paulus *lib. II.* ad Edictum.

Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses: certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero, *Pecuniam te mihi crediturum spondes?* Incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem quod mea interest.

SUMMARIA.

1. *Stipulationibus faciendi utiliter pœna subiicitur, et quæ sint pœnæ adjectæ commoda.*
2. *Stipulatio faciende qua ratione sit incerta.*
3. *Res, quæ in spulationem deducuntur, ut sunt dividuæ aut individuæ, certæ aut incertæ, ita est et stipulatio.*
4. *Id quod interest cur sit incertum.*
5. *Ejus quod interest definitio.*
6. *Regula juris,* Quatenus cujusque intersit in facto, non jure consistit, *explicatur.*
7. *Facti incertitudo quibus in rebus consistat, et quotuplex ea sit.*
8. *Ex incertitudine ejus quod interest incommoda duo nascuntur.*
9. *Pœnæ stipulatio hic a Paulo cur certa et utilis dicatur.*
10. *Facti stipulatio quibus modis reddatur inutilis.*
11. *Dandi stipulatio certa est, venitque in eam res et pecunia certa verbis stipulationis nominatim comprehensa.*
12. *Stipulatio hæc,* pecuniam te mihi crediturum spondes, *an in dando, an vero faciendo sit.*
13. *De Mutui natura pulcra observatio.*
14. *Stipulatoris in proposito quid intersit pecuniam credi, cum etiamsi acceperit, tamen eam restituere debeat, et quid in stipulationem propositam veniat.*
15. *Stipulatus simpliciter et infinite, pecuniam sibi credi, nul o usu designato ad quem pecuniam destinaret, an quod damni passus est pecunia non accepta, a promissore consequatur.*
13. *Verbis,* Id quod interest; *quid intelligatur.*

1 In stipulationibus faciendi cum quid fieri aut non fieri stipulamur, monent veteres optimum esse stipulationi pœnam subiicere, et caussam reddunt, ut fit in §. *ult. Instit. et L. ult. infr. de præt. stip.* Sed nusquam hujus commoditatis ratio explicatur apertius, quam hoc loco, cum ita traditur, pœnæ stipulationem certam esse et utilem: *faciendi* incertam, quia in eam venit id quod interest. Non enim dubito, quin hac spectet definitio non ut intelligatur ex illa condictionem certi esse, ex hac incerti (nam ad condictionem certi statuendam potius quam incerti, nihil facit, si dicatur stipulatio esse utilis; cum possit ex utili quoque stipulatione esse incerti condictio) sed ut animadversis pœnæ adjectæ commodis, quæ non sint in faciendi stipulatione, discamus cum quid fieri stipulamur, quanti referat pœnam adiicere, si nobis recte cautum volumus. Scio rem esse certi juris, ex stipulatione certa certi eruditionem competere, ex incerta actionem ex stipulatu, seu incerti. *Instit. eod. in princ. L. ult. supr. si quis in jus voc. non ier.* sed hoc dico, cum Paulus definit pœnæ stipulationem certam esse et utilem, ex verbo *utilis* perspicuum esse longe aliam commoditatem in hac stipulatione eum spectare, quam certi condictionis. Nec video omnino quemadmodum usum habitura sit distinctio hic tradita, nisi ad eam diligentiam nobis cavendi, quam quærimus, referatur. Sed cur laboramus? Sive enim eo spectavit Paulus, sive alio, tamen hic ea dicit de utraque stipulatione, quæ si recte et plane explicantur, illus ipsius cautionis veterum rationem continent, non tantum eandem, quæ redditur, in §. *ult. Inst. eod. et d. L. ult. infr. de præt. stip.* sed etiam ex parte certiorem: cum in illis dicatur tantum de incertitudine

stipulationis faciendi, nihil apertæ de pœnæ stipulatione. hic de utroque, ac de posteriore maxime. Id ergo agamus, quod verba continent : tum ultro etiam, quod de commoditate pœnæ subiiciendæ veteres præcipiunt, consequetur. † Ergo ut a stipulatione faciendi 2
ordiamur, a qua hæc omnis quæstio de pœnæ stipulatione subiiciendæ nascitur : *faciendi* inquit Paulus, *incerta et stipulatio : quia id venit in stipulationem, quod mea interest.* Mitto quærere hoc loco, an verum sit venire in faciendi stipulationem id, quod interest. De quo dicam paulo post commodius ad *L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus.* Nunc summam pro confesso, quod hic traditur ; et verissimum est, id venire, et stipulatione contineri. In quam sententiam consentiunt et alii loci complures: ut *L. quoties quis. 81. L. si quis stipulatus. §. ult. infr. §. ult. Inst. eod.* Hoc quærendum est, quod est proprium hujus loci, quomodo hac ratione efficiatur, stipulationem faciendi esse incertam. Id vero fit ideo, quia id quod interest, est incertum. *d. L. ult. supr. si quis in jus voc.* quod et Paulus vult intelligi. Neque enim rei certæ incerta esse potest stipulatio. At re incerta constituta recte: colligit incertam quoque esse stipulationem.
3 † Ut enim res sunt, quæ in stipulatum deducuntur, dividuæ aut individuæ, certæ aut incertæ, ita est et stipulatio. *L. stipulationes non, in princ. L. ubi. §. illud. §. qui vero*
4 *infr. eod.* † At cur id quod interest, incertum potius, quam ulla alia res quævis, quæ in stipulationem deducitur? quia pendet ex facto, cujus facti eventus est incertus. Quod
5 declarat definitio ejus quod interest. † Sic enim definitur, ut sit quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* Ut ergo quid nostra intersit, hinc pendent, si quid amisimus ob id quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset, quod promissum est, quod quia factum non est, lucrati non sumus. Atqui hoc totum incertum est, quid hic amittamus, aut non lucremur, fierique potest, ut si non fiat, quod promissum est alias plus, alias minus amittamus : interdum etiam ut nihil. Secundum quæ eadem quoque ejus quod interest, æstimatio sit, necesse est. *L. si quis ab alio, in princ. d. L. si quis stipulatus, §. ult.*
6 *infr.* † Inde dictum est. Quatenus cujusque intersit, in facto, non consistit. *L. quatenus, inf. de reg. jur.* In facto consistit, idest, ex facto pendet quod tam potest non existere, quam existere, ut ostendi. Non consistit in jure, idest, in juris definitione, quemadmodum nec eorum quidquam quæ facti esse, et ex facto pendere dicuntur: propterea quod, quæ ex eventu incerto pendent, eum natura homines etiam prudentissimos fugiant, sunt ejusmodi, ut quemadmodum nulla hominum prudentia, sic nec ulla juris, quod ab hominibus est, definitione comprehendi possint. In hac caussa dicuntur esse res facti omnes in *L. mora, supr. de usur.* ubi contra ea quæ certa juris vel auctorum constitutione decidi possunt, dicuntur esse juris; quod supra dicebamus in jure consistere. † 7
Neque vero facti incertitudo in eventu est tantum, seu in eo, quod potest factum non existere; sed etiam in eo, quod etsi extiterit natura, tamen difficile potest probari: neque enim facilia probatu sunt hæc, habuisse nos aliquid, et propter cessationem aut factum promissoris amisisse; item nos aliquid lucri potuisse facere si factum esset, quod debuit, et quia factum non sit, ideo id lucrum nos non fecisse. Hinc ejus quod interest, itidem ut facti, in quo consistit, incertitudo duplex, totidemque incommoda proposita ei, qui persequitur id quod interest, idest, ei qui solum stipulatus est sibi quid fieri, aut non fieri, nulla adjecta pœna. † Unum in eventu; 8
quo fit, ut quoniam non semper intersit stipulantis, aut minoris intersit, quam velit, ideo his casibus stipulatio faciendi constituatur ei aut plane inutilis, aut minus utilis. Alterum in rei probatione: quo fit, ut quia id quod vere interest, non facile potest probari, idcirco si non probatur, nihil proxit stipulatio non magis quam si nihil interesset. Sin probari potest, tamen efficiatur stipulanti persecutio anceps et difficilis. Notata sunt hæc incommoda duo in stipulatione faciendi ex incertitudine ejus quod interest nascentia, in *§. ult. Inst. eod.* cum illic in hoc genere stipulationum jubetur pœna adjici, *ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod ejus intersit.* His enim verbis significatur pœna detracta utrumque hoc incommodum existere in stipulatione faciendi, et quod quantitas ejus stipulationis incerta sit (est autem hæc quantitas, id quod interest, quod in pecunia consistit. *L. stipulationes non, ver. Celsus, infr.* et in stipulationem ipsam deducitur, ut hic traditur, ut merito dicatur quantitas stipulationis, idest, quantitas stipulationis, idest, quantitas stipulatione comprehensa) quod, inquam, hæc quantitas sit incerta, idest, re ipsa et eventu incerta, quia fieri possit, ut nihil intersit; et quod etiam si quid intersit re vera, tamen necesse sit id probare, alioqui nihil queat exigi. *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod*

int. prof. id autem probare plerumque est difficile. Quam ob caussam etiam accidere dicitur in *d. L. ult. infr. de præt. stip.* ut ad exiguam summam deducatur; dum scilicet id omne, quod in facto est, probare non possumus. Huic incertitudini stipulationis, eisque incertitudinis incommodis si qua stipulatione occurri potest, nemo non fatebitur optimum esse hane adjicere, quoties ut quid fiat, nobis cavere volumus, id vero nobis præstat pœnæ stipulatio. Ex quo est, quod veteres tam diligentes præcipiunt, ut hæc subjiciatur faciendi stipulationibus. Huc spectat Paulus hoc loco, cum pœnæ stipulationem cum altero genere conferens hanc dicit
9 certam esse, et utilem. † Certa est adversus utramque partem incertitudinis, quam metuimus in stipulatione faciendi. Nam et a re ipsa certa est, et a probatione. A re, quia quantitas certa verbis ipsis stipulationis comprehensa est, non in incertum eventum collata. A probatione, quia si de stipulatione ipsa doceri potest, non est alia probatione opus, ut probetur quid contineat: cum ipsa se ostendat, quid complectatur; id autem, ut dixi, conceptione ipsa certum est. Utilis dicitur, non eo, ut intelligatur eam ab initio utiliter interponi (nam et facti stipulatio ab initio interponitur utiliter: quam tamen hoc loco propositum est Paulo a stipulatione pœnæ separare. Tum autem cur dubitaremus in re privata et nec illicita, an pœnam nobis cavere possemus stipulando? aut si dubitaremus, cur magis id fieret in pœnæ stipulatione, quam dubitamus, an liceat nobis stipulari, ut quid fiat, aut non fiat?) Sed hæc adjectio eo pertinet, ut statuatur hic quoque quod sit proprium pœnæ stipulationis, et quo illa differat a posteriore. Et omnino res ita est. Pœnæ stipulatio, si conditio existit, semper est utilis, et ab initio, et postea: facti stipulatio non semper. Pœnæ enim stipulatione semel commissa: quod fit si factum non sit; quod debuit, aut adversus ea de quibus cautum est, ne fierent, factum sit; *§. ult. Instit. eod.* pœna semper debetur, sive stipulantis intersit, sive non intersit. *L. stipulatio ista, § alteri, supr. eod.* Nec periculum est, ne eum ea debebitur, non facile eam probatori simus nobis deberi, proposita stipulatione. Ita dum stipulatio extabit, hæc semper erit utilis, et qua id quod stipulati
10 sumus, omnimodo possumus consequi. † Non est in eadem caussa facti stipulatio. Nam cum in eam veniat solum id quod interest, multis de caussis accidit, ut id consequi non possimus. Alias nihil interest, ut non sic hic res, quæ debeatur: alias quod interest, probare non licet, ut supra diximus. Ac totidem modis evenit, ut ea stipulatio sit inutilis. Bene igitur Paulus, cum duas istas stipulationes hoc loco invicem opponeret, stipulationem pœnæ et stipulationem faciendi; inter cætera stipulationis pœnæ propria hanc dixit esse utilem; quo non idem de altera diei posse significaret. Revera enim non idem de ea diei potest. Non quod nunquam sit utilis, sed quia non semper, ut dixi. His de utraque stipulatione intellectis, quam sit consultum faciendi stipulationibus pœnam subjicere, etiam nobis tacentibus apparet. Quod attinet ad speciem stipulationis, cujus exemplo Paulus hic utitur, *pecuniam te mihi crediturum spondes* non est dubitandum, quin sit stipulatio, qualem hic proponi dicit; idest, quæ in faciendo versetur, ac sub una specie de toto genere earum stipulationum respondeat. Etsi enim de eo ille nihil nominatim exprimit: tamen ex eo satis colligitur, quod incertam stipulationem esse dicit, et in eam venire id quod interest. Sunt enim hæc propria faciendi obligationis. † Quæ in dando 11
est, certa est; nec in eam aliud venit, quam res et pecunia certa, quæ nominatim comprehensa est verbis stipulationis. *L. ubi. §. ult. infr. eod.* † Sed tamen de eo potest du- 12
bitari, an recte Paulus eam stipulationem faciendi esse statuat, ac non potius contraria ei tribui debeant, quasi sit dandi. Nam hic ut alibi sæpe, credere pecuniam est, mutuam dare. *L. rogasti. L. singularia, supr. si cert. pet. L. 1. supr. de S. C. Maced.* Non est autem mutuum, nisi cum pecunia datur et fit accipientis. *L. 2. §. appellata, supr. si cert. pet. Inst. quib. mod. re cont. ob in princ.* Et incunctanter dicendum est mutuum in dando non consistere, sed in usu solum pecuniæ transferendo sive quod pecunia in mutuo non proprie intelligatur dari; sive quod si detur, non tamen eam dationem spectare debeamus, sed id quod fit principaliter. † Jam primum in 13
mutuo non proprie pecuniam dari dixeris. Quippe non sic datur, ut maneat, sed ut restituatur. Id demum vere dari intelligitur, quod est mansurum; inest enim dando capere: siquidem non est datio sine accipienti. Non videtur autem capere quisquam, qui restituere rogitur vel ei, unde accipitur, vel alii. *L. aliud est capere, infr. de verb. sig. L. non videtur quisquam, infr. de reg. jur.* Huc illa pertinent ex *L. qui sic, infr. de sol.* qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur. Sed ut dederimus pecuniam proprie dari in mutuo: non ideo tamen consequens est id in dando consistere, ac non in facien-

do. Non enim sic datur pecunia mutua, ut dominium ejus transferatur; sed ideo dominium transfertur, ut accipienti ea uti liceat, cujus usus solius caussa mutuum est comparatum. Nec aliud est mutuum, quam utendum datum: si modo datum consistat in pecunia, et similibus rebus, quæ usu consumuntur. *L. certi.* §. *ult. L. rogasti, supr. si cert. pet.* Quod si usus pecuniæ in mutuo transferri posset domino non translato, dominii translatio non desideraretur, non magis quam in commodato. Nunc autem neque pecunia, neque similibus rebus uti quisquam potest jure, nisi sit dominus. Solius enim domini est rem consumere utendo. Ideo in his rebus receptum est, ut quoties de earum usu transferendo agitur, nunquam id aliter fiat, nisi domino in accipientem prius translato. Nam hoc ita constitutum esse scimus, cum istarum rerum ususfructus, vel usus legatus est. §. *constituitur, Inst. de usuf. L.* 1. *et* 2. *L. vini, supr. de usufruct. ear. rer. quæ us. cons.* quod similiter et in mutuo fieri intelligendum est. Est ergo mutuum dare, ut dixi, nihil aliud, nisi utendum dare. Sed quia ita pecunia uti nemo potest, nisi dominus, idcirco usus transferendi caussa res ita datur, ut fiat accipientis. Proinde hunc usum in mutuo solum spectare debemus. Est enim is initium et caussa contractus, utpote ad quem cætera, quæ fiunt in hoc contractu, referuntur. Recte placuit uniuscujusque contractus initium spectandum, et caussam. *L. si procuratorem, in princ. supr. mand.* nempe quod principaliter fit, non quod per consequentiam. arg. in *L.* 1. *supr. de auct. tut.* Postremo ex hoc usu propter quem dominium transfertur, ita res tota æstimanda est, ut in usufructu atque usu earum rerum, quæ usu consumuntur, fieri videmus. In quo quamvis proprietas transferatur in accipientem: tamen quia transfertur solum utendi caussa, non proprietas ea datione et eo quasi contractu contineri dicitur, sed usus solum, et ususfructus. Restat igitur, ut quæ stipulatio in proposito in dando non est, ea intelligatur esse in faciendo: ac proinde recte dicatur venire in eam id quod
14 interest, eoque etiam esse incertam. ✝ Sed quid potest interesse stipulatoris pecuniam dare credi, cum etiam si acceperit, tamen eam restituere debeat, et quidem statim si obligationem spectamus? nam qui mutuum accipit hoc ipso, statim ad id restituendum re obligatur. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* Recte hoc quæreretur, si pecunia ex mutuo debita statim extorqueri posset, aut judicio exigi. Sed neque semper repetitur statim; et si repetatur judicio, tamen confitenti tempus datur a Magistratu ad solvendum idem quod etiam post condemnationem rei indultum est. *L. si debitori, supr. de jud.* Hæc mora atque interusurium quantivis temporis satis est ad eos fructus percipiendos, quos ex pecuniæ usu quærere solemus. Licet enim interim pecuniam creditori solvere ad evitandam vel pœnam, vel pignorum distractionem. Licet merces interim emere, et hinc lucrum facere, si quis negotiari soleat, et per id tempus eo in loco fit, ubi merces veneant; hæ sunt utilitates et similes, quibus continetur id quod interest. *L.* 2. §. *ult. supr. de eo quod cer. loc.* quas easdem ob eam caussam in stipulationem propositam venire dicimus, quia venit in eam id quod interest. Quod tamen cum dicitur, non sic accipiendum est, quasi si quid istarum utilitatum amiserit stipulator pecunia non accepta, quod consequi potuisset, si pecuniam accepisset, id semper ei præstandum sit: sed ita, ut sit præstandum, si constabit id actum fuisse, ut pecunia crederetur in eam caussam, in qua damnum contigit. Ut puta, præstabitur stipulatori damnum, quod contigit ob pœnam commissam, aut pignora ejus distracta, si actum fuerit, ut pecunia in eam caussam crederetur, quo ipse solveret creditoribus. Quod ita actum intelligetur, non tantum si stipulatione comprehensum fuerit; sed etiam si cum is qui obnoxius erat æri alieno, pecuniam in alicujus debiti exsolutionem quæreret, exstiterit, qui polliceretur se in eam rem crediturum, et deinde se id facturum stipulanti caverit. Idem est, si cum quis quæreret pecuniam ad insulam reficiendam, aut merces opportuno tempore emendas, aliquis se crediturum promiserit, et stipulator ob pecuniam non creditam aliquid detrimenti in insula sit passus, aut in mercibus aliquid lucri non fecerit. Quæ sententia recte defenditur exemplo ejus, cui pecunia certo loco dari promissa est; in qua specie propter locum, in quem conventione contrahentium solutio collata est, placet rationem haberi utilitatis ejus, quæ eo loco esset futura, si stipulator pecuniam ibi accepisset. *d. L.* 2. §. *ult. de eo quod cer. loc.* ✝ 4
Cæterum si quis nullo designato usu ad quem pecuniam destinaret, simpliciter et infinite stipulatus sit sibi pecuniam credi: quodcumque damnum passus fuerit postea pecunia non accepta, ob id quod pecuniam non habuit; non tamen id æstimabitur adversus debitorem, ut in re simili probat Paulus in *L. si sterilis,* §. *cum per venditorem, sup. de act. em.* Et merito: non enim magis dici potest id contigisse, quia hanc pecuniam de

qua agitur, stipulator non habuerit, quam quia aliam quamlibet vel a se, vel ab alio
16 non habuerit. † Nec obstat, quod hic absolute dicitur venire in hanc stipulationem id, quod mea interest. Semper enim his verbis intelligitur utilitas ejus, quod fieri debuit, propria; ut dici possit si quid damni ob cessationem promissoris stipulator senserit, ob id solum contigisse, quia quod ille promiserat, non fecerit. Quod totum cujusmodi sit, ex iis cognosci potest, quæ pluribus in harum utilitatem æstimationem disserui in Libro *de eo, quod interest, capite penultimo.*

Ad L. *Si homo.* 69.

Ulpianus libro *VII.* ad Edictum.

Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur: quemadmodum si quis Stichum mortuum dari sibi stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur.

SUMMARIA.

1. *Mortuum hominem dari, aut mortuum sisti inutiliter stipulamur.*
2. *Pœna, nisi homo mortuus datus aut status esset, promissa, an valeat stipulatio.*
3. *Stipulatio pœnæ in proposito, cur inutilis.* et n. 5. 8.
4. *Stipulatio per se utilis per aliam inutilem non vitiatur.*
6. *Pœna rei impossibilis nomine promissa per se ipsa est impossibilis.*
7. *Pœna quid.*
9. §. ult. Inst. de lega. *declaratur.*
10. *Definitionem hujus L. de pœna rei impossibilis non committenda, si homo mortuus sisti non possit, generalem esse.*

1 UT mortuum hominem dari stipulari non possumus, sic nec mortuum sisti, utraque enim stipulatione res impossibilis continetur: altera, quod dari; altera, quod fieri natura non potest. Cujusmodi stipulationes nullius momenti esse constat. *L. si stipulor. supr. eod. Inst. de inut. stip. in prin.* † Quid, si
2 alterutrum stipulemur tamen, et nisi homo mortuus datus, aut status esset, stipulemur pœnam? hic de pœnæ stipulatione quæsitum est, an non hæc saltem valeat. Et cur non valeat, dixerit aliquis? nihil enim impossibile hic promitti videtur, ut dicendum sit sublata caussa, propter quam prior stipulatio inutilis est, jus in pœnali inverti debuisse. Negat tamen Ulpianus, et ita definit nec pœnam rei impossibilis committi: rei impossibilis pœnam vocans, non quæ rem impossibilem contineat, sed quæ rei impossibilis
3 nomine promissa sit. † Cur ita statuat non immerito dubitatur. Nam si pœnæ stipulatio impossibili stipulationi subjecta non valet, necesse est aut caussam esse in priore stipulatione, cujus inutilitas secum trahat etiam pœnalem stipulationem, aut esse in ipsa stipulatione pœnali, de qua quæritur, quæ et ipsa suo vitio itidem laboret. Nisi enim quid obstet stipulationi, cum eam interpositam esse constet, sine dubio jure publico suam vim habebit. §. *de constituta, Inst. de act.* Atqui cum utrobique hujus rei caussam quæsieris, neutrobi facile reperias. Illud quidem principio in hac re mihi constitutum esse debere videtur, non ideo in proposito stipulationem pœnæ esse inutilem, quia priori inutili, quamvis impossibili adjiciatur, quasi solum prioris vitium huic noceat. Id enim non aliter fieri potest, quam si pœnæ stipulatio pendeat ex priore, ejusque sit accessio. Nam si sit; recte dicatur priore non consistente, ne accessioni quidem locum esse posse. *L. cum principalis, infr. de reg. jur. L. 2. supr. de pec. leg.* Si non sit; † semper 4 illud tenendum est, nunquam unam stipulationem quæ per se utilis esse potuerit, per aliam inutilem vitiari. *L. 1. §. pen. supr. eod.* At pœnalis stipulatio prioris stipulationis, cui subjicitur, accessio aut sequela non est. Alioqui dicendum esset, ubicunque prior esset inutilis, toties nec pœnalem stipulationem consistere. Quod non ita est. Nam si quis stipulanti mihi promiserit se Titio daturum, et si non dedisset, pœnam; constat priorem stipulationem, qua stipulor alteri, inutilem

esse: ac nihilominus pœnæ stipulationem utiliter adhiberi. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr. eod.* Non ergo pœnæ stipulatio pendet ex priore, seu ejus accessio est. † Nec sane in hac quæstione ad istas species distinguendas quidquam ad rem facit, quod in superiore specie prior stipulatio rei possibilis stipulatio est; in hac specie, quam tractamus, prior stipulatio rei impossibilis. Satis est enim ad id, de quo nunc quærimus, si prior utraque pariter est inutilis; quamvis non pariter utraque impossibilis. Hoc enim posito consequens est, quod volumus, pœnalem stipulationem non esse accessionem seu sequelam prioris; postquam constat aliquando accidere, ut priore non consistente, tamen pœna subjecta committatur. Quod ni statuerimus ita esse, non effugiemus omnino, quin et contra naturam accessionum hic facere, et simul pugnantia statuere videamur, si priore stipulatione inutili constituta, pœnalem, idest, accessionem aliquando valere dicamus, aliquando non valere. Restat ergo, ut si quid obstet in proposito stipulationi pœnali, id sit in stipulatione ipsa, quam inutilem esse volumus, non in priore. At hoc angit eruditos, quod ne hic quidem ullum vitium in stipulatione satis occurrit. Nam id si quod est, aut in re sit, oportet, quæ in stipulatum deducitur, aut in fine dandi, aut in conditione stipulationis, aut in consensu contrahentium; posteaquam hic neque de persona stipulantis et promittentis dubitatur, neque de conceptione stipulationis. Res quæ promittitur, est quantitas, seu summa certæ pecuniæ, quæ natura et jure recte dari potest. Cujus generis res utiliter in stipulatum deducuntur. *L. si stipulor*, *supr.* Finis dandi non turpis, ut quis hic dicat turpem stipulationem non valere. *L. generaliter*, *supr. eod.* sed ut sibi quis acquirat, non ullius maleficii aut præteriti remunerandi, aut futuri invitandi caussa. Conditio hæc pœnalis stipulationis, si homo mortuus datus, status non erit, non modo non est impossibilis, ut hac de caussa rejiciatur stipulatio; sed est etiam necessaria, atque hujusmodi stipulationes, si nihil aliud obstet, placet statim valere. *L. 7. supr. eod.* Sunt ergo, qui putent vitium in eo esse, quod desit in pœna rei impossibilis contrahentium consensus. Defendi hoc potest in iis contrahentibus qui hominem, quem dari, aut sisti stipulantur, mortuum esse ignorent. Hi enim rem opinione sua possibilem in stipulatum deducendo, in eam, quæ talis esset, obligationem contrahi voluerunt. Ut si impossibilis reperiatur postea, sit contra eorum sententiam quidquam præstari, arg. *L. non omnis*, *supr. si cert. pet.* At si dederis eos, qui sciant hominem esse mortuum, si uni stipulanti alter promittat eum hominem sisti, ac nisi stiterit, centum; quomodo negemus, consensisse eos, ut centum præstarentur, si homo quamvis mortuus status non esset; cum tam aperte id illos fecisse appareat? Dices; sciebant hominem mortuum non posse sisti, et ideo credibile est hanc esse eorum cogitationem, ut nihil agi existiment in ea re, quam sciant esse impossibilem. *L. non solum*, *supr. prox. tit.* Hoc ad centum promissa nihil pertinet; hæc enim natura præstari potuerunt, si homo status non esset, idque ipsum sciebant contrahentes non tantum eventurum postea, sed etiam jam tum, cum contrahebant, evenisse. Ita quia res possibilis et sub conditione non tantum possibili, sed etiam necessaria promittebatur, ideo contraria de caussa præstari voluerunt. Omninoque hæc stipulatio, si hominem mortuum non dederis, non stiteris, centum dabis? similis est illi, si cœlum digito non tetigeris centum dabis? Utrobique enim conditio inserta est negatione detracta impossibilis. Constat autem posteriorem stipulationem sic esse acceptam, ut valeret, et præsens esset; *d. L. 7. supr. eod.* quod fieri non potuit nisi in summam ea stipulatione comprehensam contrahentes consenserint. Cum his rebus declaratur stipulationi isti pœnali, de qua agimus, nihil facile objici posse; tum vero ex iisdem illis licere videtur ea sumere, quibus ultro probetur pœnam rei impossibili subjectam nihilominus deberi. Nam primum si pœna stipulationi alioqui inutili subjecta committi potest, ut cum stipulor alteri dari, et nisi detur, pœnam: cur non sit consequens etiam pœnam impossibili stipulationi subjectam recte promitti? Quid enim amplius efficit ista impossibilitas stipulationis, quam ut stipulatio sit inutilis? Et ut aliquid efficeret amplius, quod fieri non potest: tamen jam supra effectum est, cum de vi pœnalis stipulationis quæritur, nihil referre, qualis sit prior stipulatio, utpote ex qua pœnalis non pendeat; sed qualis sit ipsa stipulatio pœnalis. Porro quæ impossibili stipulationi subjicitur pœnæ stipulatio, satis hoc quoque supra demonstratum videtur eam esse hujusmodi, quæ rem non impossibilem contineat. Jam et illam stipulationem valere constat, si in cœlum non ascenderis, decem dabis? *d. L. 7. supr. eod.* Si illa recipitur, et hanc quoque valere oportet, si mortuum non dederis, decem dabis? quoniam utrobique eadem conditio est. Ut enim certum est promissorem in cœlum non posse ascendere, quæ

res facit ut conditionis eventus sit necessarius: sic et illud non minus certum, mortuum dari, aut sisti non posse. Et disseruntur hæc omnia verissime adversus stipulationem pœnæ propositam, nisi eam ipsam per se vitiosam esse statuerimus: cujusmodi eam esse fatendum est. Sed vitium quæritur. Et si quantitatem in ea non simpliciter ut quantitatem spectamus, sed ut pœnam, qualis promittitur, vitium non est admodum obscu-
6 rum. † Sic habendum est: Quæcunque rei impossibilis pœna est, idest. rei impossibilis nomine promissa, ea per se ipsa est impossibilis: ut non sit mirum, si eodem vitio laborans pœnæ stipulatio pariter cum priore non consistat. At enim certum est quantitatem certam pœnæ stipulatione contineri. *L. stipulatio ista, §. alteri, supr. eod.* nec minus certum est eam summam natura dari posse. Ita est. Sed animadvertendum est decem, quæ hac stipulatione promittuntur, non simpliciter promitti, sed ut pœnam. Promittuntur enim pœnæ nomine, hoc ipso quod promittuntur coercendi promissoris caussa, si quod prius promiserat, non fecerit. *§. ult. Inst. de leg.* et ideo usitate hæc quantitas appellatur pœna, ut hoc loco, et *L. stipulatio ista. §. alteri, infr. §. ult. Inst. eod.* et passim. Decem pœnæ nomine promissa, si ut impossibile quid fiat, promittuntur, sive hac conditione, si quis id quod impossibile promiserat, non fecerit: ut decem natura
7 præstari possunt: ut pœna non possunt. † Sciendum est enim pœnam esse noxiæ et delicti vindictam, nec ullam pœnam esse sine fraude, idest, delicto. *L. aliud est fraus, infr. de ver. sig.* Proinde est in proposito nullam pœnam esse posse, ubi non sit delictum in eo, quod facere debueris. Nullum autem delictum, ac ne culpa quidem esse potest promissoris, ubi non præstitit, quod natura etiam si vellet, præstare non potuit. Quare nec in eo adversus eum ulla pœna natura intelligi potest. Quæ sententia confirmatur in *L. in testamento, 27: et L. 6. supr. de cond. et dem.* Hoc intellecto, eadem opera et de iis responsum est, quæ supra ad-
8 versari videbantur. † Concedo igitur pœnam inutili stipulationi additam valere: sed hac conditione, dum ne sit ipsa pœnæ stipulatio impossibilis, aut alio aliquo vitio in se laboret. Qualem non esse constat, cum stipulor alteri dari, et nisi dederis, pœnam. Nunc autem quæ proponitur rei impossibilis pœna, eadem ipsa et per se est impossibilis, ut ostendi. Non nego etiam has stipulationes, si in cœlum non ascenderis, decem dabis? et, si mortuum non dederis, decem dabis? conceptione esse similes, eandemque vim habere, si solæ inter se comparentur. Itaque ut illam, sic et hanc utilem, et præsentem esse concedo. Sed hac lege si ambæ solæ sint, nec incipiant a præcedente faciendi stipulatione, ut de priore scriptum est in *d. L. 7. supr. eod.* Sic enim fit, ut decem quæ sola promittuntur, non modo non sint pœna rei impossibilis, sed ne pœna quidem ullius rei, cum ante nulla res sit promissa. Nam si pœna est, ut dixi, delicti vindicta, ac nullum delictum promissoris esse potest, ubi is ex præcedente cautione facere nihil debuit: dicendum est, ubi nihil ante promissum est, seu nulla præcessit faciendi conventio, ubi nullam pœnam ejus facti nomine esse posse. Non est ergo pœna, cum a principio stipulor, si in cœlum non ascenderis, decem dabis? quia hoc prius cautum non est, ut in cœlum ascenderes. Proinde nec rei impossibilis pœna; et quamvis conditio id postulet, ut in cœlum ascendas si ei parere vis, quod natura fieri non potest: non ideo tamen de eo quidquam cautum esse intelligitur. Ita est enim conditio omnis, ut de eo quod in conditione est, nihil statuat, nihil affirmet. Unde cum ita quis heres institutus est, si decem Titio dederit; placet Titio nihil deberi. *L. si si quis sub conditione, supr. si quis omis. cau. test.* Sed est hæc stipulatio principalis, conditionalis quidem. Verum ex qua decem promissa non ut pœna debeantur, sed eo modo quo deberentur, si sub alia quavis conditione promissa essent. *arg. L. a Titio, infr. eod.* Quod si in hac stipulatione nulla pœna promittitur, sed tantum pecunia sub conditione; apparet nihil hic promitti, quod natura præstari non possit, et quia potest, nihil esse, quod non debeat præstari non possit, et quia potest, nihil esse, quod non debeat præstari ex ea stipulatione, cujus conditio jam certo exstitit. Nos autem hic agimus de ea quidem stipulatione, quæ hanc eandem conditionem habeat; si promissor in cœlum non ascenderit, aut quod idem est, si hominem mortuum non dederit; sed tamen de stipulatione, qua pœna promissa sit sub ea conditione, quæ eadem ideo sit impossibilis, quia non possit natura ulla pœna in eo facto intelligi. Sic autem evenit, ut pœna videatur promitti, si prius cautum erit, ut promissor eadem illa faceret, idest, in cœlum ascenderet, vel hominem mortuum daret, sisteretve; tum deinde nisi faceret, promiserit decem. Neque aliter pœnæ nomen usurpari, licet existimare ex his paucis locis innumeros. *L. 4. §. Cato, supr. L. ad diem, infr. eod. L. 2. et tot. tit. supr. si quis caut.*

L. diem. §. *ult. et pene* toto tit. *supr. de reo. L. tertia*, 5. *si cert. pet. L. prædia. supr. de*
9 *act. em.* † Itaque quod in §. *ult. Inst. de leg.* eorum legatorum, quæ pœnæ nomine relinquuntur, afferuntur hæc exempla, heres meus si filiam suam in matrimonio Titio collocarit, decem dato; item, si non collocarit, decem dato, et similia, recte hæc omnia Joannes apud Accursium sic accepit, si prius testator cavisset, ut heres faceret, aut non faceret id, cujus caussa ab eo legavit. Nam præterquam quod ita interpretatur Theophilus in eum locum, ipse Justinianus sic accipi debere aperte declarat in *L. unica, C. de iis quæ pœn. no.* ubi de his ipsis legatis agens ait ea pœnæ nomine relinqui, quæ injunguntur heredi vel legatario ob id, quod dispositioni testatoris non paruerint; idest, ob id, quod ea non fecerint, quæ prius jussi erant a testatore facere, aut non facere, idque juxta exemplum *L. in testamento,*
10 1. *supr. de cond. et dem.* † Ostendit autem ratio superior, quod generaliter hic scriptum est, pœnam rei impossibilis non committi, si homo mortuus sisti non possit: generaliter quoque debere accipi, ut sive ab initio stipulationis homo mortuus fuerit, sive cum ab initio viveret, postea sine culpa promissoris decesserit, neutro casu pœna committatur; quia et tunc delictum esse non posse incipit, cum homo desiit sine culpa posse præstari. Quo fit, ut exinde quoque pœna esse posso desinat. Hanc autem partem confirmat. *L. si vehenda*, §. 1. *illic, idem juris erit, cum supr. ad leg. Rod.* Quod de stipulatione pœnæ rei impossibilis dictum est, hanc non magis valere, quam eam, cui subjicitur, ad omnem stipulationem pœnalem pertinet, quæ aliquid vitii ut superior, in se habeat. Quo detracto, illud tenebimus nonquam præcedentem stipulationem quamvis inutilem officere pœnæ stipulationi, quominus sola committatur, ut docuimus ad *L. stipulatio ista*, §. *alteri. in fin. supr. eod.*

Ad L. *Mulier quæ.* 70.

Idem *lib. XI.* ad Edictum.

Mulier quæ dotem dederat populari meo Glabrioni Isidoro, fecerat eum promittere dotem, si in matrimonio decessisset, infanti: et decesserat constante matrimonio. Placebat ex stipulatu actionem non esse: quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat.

DE stipulatione infantis dictum est ad *L.* 1. *in princ. supr.*

Ad L. *Cum quid.* 71.

Idem *lib. XIII.* ad Edictum.

Cum quid ut fiat, stipulemur pœnam, sic recte concipiemus: *si ita factum non erit:* cum quid ne fiat, sic: *si adversus id factum, sit.*

SUMMARIUM.

1. *Pœnæ stipulatio quomodo concipienda.*

1 Postquam veteres caverunt consultum esse in faciendi stipulationibus pœnam subjicere ob eas caussas, quas exposuimus ad *L. si pœnam, supr. eod.* consequens fuit, ne frustra id caveretur, ut ostenderent hoc etiam, quam recte et sine offensione juris nostri pœna hic promitteretur, cum in faciendi, tum in non faciendi obligationibus. Quorum otrumque factum est eodem in loco in §. *ult. Inst. eod.* hinc autem est, quod de hujusmodi formulis præcipitur hoc loco, tum in *L. continuus,* §. *pen. infr. eod.* Quorum ratio etsi non est ita obscura, tamen ut planius intelligatur, notandum est semper pœnam promitti sub conditione, quæ sit contraria ei, quod in faciendi stipulationem deductum est: est enim neglectæ promissionis pœna. Eo fit, ut cum stipulamur quid fieri, veluti insulam ædificari, conditio pœnæ esse debeat, non si quid factum sit; sed contraria, *si id,* de quo cautum est, *factum non sit.* Proinde inutiliter ita conciperemus, si adversus id factum sit, cum hæc conditio hoc contineat, ut quid fiat. E diverso si stipulemur per te non fieri pœnæ conditio esse hæc non potest, si id factum non sit, cum prius voluerimus nihil fieri; sed hanc esse oportet, si factum sit, quod noluimus. Quod commode exprimitur his verbis, *si adversus id factum sit.* Pro quo Cato dixit, si quid aliter factum sit, et plenius, si quid contra quam cautum est, factum sit. *L. 4. §. Cato. supr. eod.*

Ad L. *Stipulationes non dividuntur.* 72.

Idem *lib. XX.* ad Edictum.

Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt: veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutum. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: utputa fundum tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile. Horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo-octavo Digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur: si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici juxta æstimationem facti dandam esse petitionem.

S U M M A R I A.

1 Divi initio *L. 2. supr.* lege duodecim
tabularum stipulationem dividi inter here-
des : sed ita, si stipulatio divisionem seu
partis præstationem recipiat cum natura rei
promissæ, tum obligationis lege alioqui non
dividi, quia nec possit, aut debeat. ex *L.
heredes, §. an ea, supr. fa. erc.* Hinc quæri
solere, quæ stipulationes divisionem reci-
2 piant, quæ non recipiant. † Id Ulpianus
tractans hoc loco ae de iis agens, quæ sunt
in faciendo, ita definit : *stipulationes non
dividuntur earum rerum, quæ divisionem non
recipiunt.* Stipulationes earum rerum vocans
stipulationes, quæ continent eas res, seu in
quas eæ res deductæ sunt, quæ res divisio-
nem non recipiunt. Ut intelligamus utrum
stipulatio dividatur, necne æstimandum esse
ex iis rebus, quæ in stipulatum deducun-
tur, de quo plura ad *L. 2. supr.* Dicit au-
tem de uno genere earum stipulationum,
quæ non dividuntur : quia ex eo simul quid
juris sit de iis, quæ dividuntur, facile pos-
sit intelligi. Hinc docet, quæ res non re-
3 cipiat divisionem. † Ac cum in stipulatio-
nem aut res deducantur, aut facta : *§. ult.
4 Inst. eod.* ordine de utroque dicit. † Ex re-
bus non recipere divisionem ostendit servi-
tutes prædiorum. Id enim significat, cum
exemplis usus servitutum rusticarum, non
harum solum stipulationes ait esse earum
rerum, quæ divisionem non recipiant, sed
5 etiam cæterarum servitutum stipulationes. †
Servitutis quidem verbum vi sua generale
est, quo continentur non minus personarum
servitutes, ut usus et usufructus, quam
servitutes rerum seu prædiorum, *L. 1. supr.
de ser.* Sed est idem et speciale quandoque,
quod per excellentiam tribuitur solis ser-
vitutibus prædiorum ; quia hæ solæ vere et
proprie servitutes sunt. Sic verbum accipi
constat in *L. 4.* et prope toto *tit. supr. de
ser. §. ult. Inst. de us et hab.* Prior signifi-
catio huic loco non convenit. Certum est
enim usumfructum dividi posse. *L. 5. supr.
de usufruct. L. 1. §. si usufructus, supr.
ad leg. Falcid.* Ita relinquitur posterior ex
usu verbi, et natura rerum, de quibus agi-
tur, ut servitutes prædiorum superioribus
verbis contineantur, ne quid obstet, quod
6 de usufructu diximus. † Non solæ tamen
prædiorum servitutes individuæ sunt ; sed
generaliter definiendum est omnes esse hu-
jus generis, etiam quæ sunt personarum,
uno excepto usufructu. *d. L. 1. §. si usus-
fructus. supr. ad leg. Falcid.* sed de his sa-
tis dixi ad *d. L. 2. §. et harum, supr. eod.*
Bene autem Ulpianus, cum de rebus di-
ceret, quæ divisionem non reciperent, so-
lum servitutum mentionem fecit ; quia, ut
illic etiam ostendi, ex omnibus rebus solæ
individuæ sunt servitutes ; † De factis ita 7
scribit, ut quatuor tantum commemorat
exempli causa, quæ sint individua, et ad-
dat. *vel quid his simile.* Quibus verbis appa-
ret non hoc eum dicere, omne quod quis fa-
ciendum stipulatus sit, divisionem non reci-
pere ; ne quis forte huic loco opponat sen-
tentiam Catonis ex *L. 4 §. Cato. supr. eod.*
sed contra esse quidem iis quæ retulit, alia
etiam similia, individua scilicet : verum et
quædam etiam non esse. Ut ad defensionem
Ulpiani non sit necesse hoc loco aliam fa-
ciendi significationem quærere, quam usi-
tatam, et eam quæ non operibus tantum
mechanicis conveniat, sed etiam operibus
promissis. Interim his verbis dubium relin-
quit, quæ facta sint individua, quæ non sint;
et cur hæc potius, quam illa. Ad quod ex-
plicandum regula est opus, qua genera ista
diiudicentur : ex qua eadem possit intelligi,
cur ea, quæ dicit, individua sint, tum quæ
sint similia his, aut non similia. † Sic igitur 8
habendum est, omne factum si per se spe-
ctetur, natura sua esse individuum. Neque
enim per id tempus, quo quid facis, licet
dicere partim te id facere, partim non facere :
sed omnino aut facis, aut non facis : nihil
est tertium. Cum autem fecisti, ipsum illud
factum, illa actio tua multo minus dividi
potest, non est enim res in natura, aut jure
consistens, sed ea, quæ simul atque edita est
evanescit: quantumcunque actio opus aliquod
post se reliquerit : ut, si quis ædificaverit
insulam, ipsa quidem insula relinquitur,
quæ et dividi potest ; at opera ad extruen-
dam insulam adhibita, et tota actio ædi-
ficationis statim præterit, nec post actionem
primam amplius superest. † Unde igitur 9
facta quædam dividua, quædam individua ?
Ex rebus, propter quas illa exercentur :
non enim semper promittuntur facta sim-
pliciter : sed adiunctis rebus quibus illa at-
tribuuntur. Utputa promittit quis tradere :
sed rem certam, ut fundum, equum, lancem;
ædificare, sed insulam, armarium, navem.
Ita et traditio ista versatur in re, quæ tradi
debet, et ædificatio in opere, quod oportet
extrui. Ut autem hæc facta exercentur in
istis rebus, ac propter, eas etiam promissa
sunt, ita placuit, ut earum etiam sequantur
conditionem. † Sit ergo hæc notio et regula 10
factorum ; ut eæ res quarum gratia factum
instituitur, divisionem natura recipiunt, aut
non recipiunt ; ita sunt earum facta dividua
aut individua. Si res in totum dividi non
potest, aut non potest ita, ut salva maneat :

factum quoque quod propter eam exercebitur, individuum erit: sin potest res ita dividi, ut post divisionem nihilominus salva sit; etiam factum quod in singulis partibus separatim exerceri potest, sic accipietur, quasi et ipsum sit dividuum. Prioris generis exempla sunt hæc quatuor, quæ hic proponuntur, rem tradi, fossam fodi, insulam ædificari, operæ. Hæc si quærimus, cur placeat esse individua potius, quam rem dari ratum haberi, pecuniam peti, et similia, cum pariter omnia facta sint; reperiemus caussam in eo esse, quod exercentur earum rerum gratia, pro quarum parte impleri non possint, et ideo non possint, quia res ipsæ discretas partes per id tempus, quo quid fit, non admittant. Quod ut certius intelligatur, operæ pretium est expendere separatim singulorum rationem. Observandum est autem ex illis quatuor factorum generibus propositis, primum genus versari in re quæ jam sit in rerum natura; posteriora tria conferri ad rem nondum natam, sed futuram; quam
11 fieri promittamus. † Prima species: rem tradi, plus habet dubitationis. Nam cum, ut dixi, posita sit in re quæ jam sit, quæ ut quia constet suis partibus natura, non minus possit dividi, quam si rem dari stipulemur: difficile est existimare, cur non æque in eam videatur dividuum factum deduci. Sed nihilominus ita se rem habere reperiemus, ut ideo non possit tradi pro parte, quia nulla hic pars sit rei, quæ separatim tradi possit, ut cum tradetur, possit dici rem tradi pro parte. Aut enim partem divisam tradi volumus aut indivisam, hæc non est pars rei, de qua cautum est: non enim potuit hæc pars exsistere, nisi corpore rei in partes certas et discretas secto. Post quam divisionem res esse desinit, quæ prius fuerat; et de qua cautum est, ac pro uno corpore, jam duo diversa esse incipiunt: idque non in animalibus tantum, et ædibus intelligitur, sed etiam in fundo, qui tamen commodius dividi potest regionibus, quam ædes. *L. si quis duas*, §. 1. *supr. com præd.* Quæ res jam esse desiit, hujus nulla pars potest intelligi: sed omnium minime dici potest ea res tradi pro parte. Dici quidem possunt singulæ partes rei, quæ prius fuerat, nunc tradi: at ipsa res, quæ amplius non est, procul dubio neque hoc, neque alio modo, idest, neque solida, neque pro parte tradi dici potest. Quod si indivisam partem tradi volumus, est hæc quidem in re, de qua cautum est, nec nisi re integra manente intelligitur, sed non est ejusmodi, quæ tradi non possit sine alia, aut potius, quæ tradi possit, nisi toto corpore rei in solutum tradito. Hujusmodi enim pars non est re vera, non est denique natura; animo tantum intelligitur. *L.* 5. *infr. de stip. ser. L. Mævius*, §. 1. *supr. de leg.* 2. de quo dixi pluribus ad *L. in stipulationibus, supr. eod.* Ideo ita intelligitur, ut sit tamen cum aliis partibus confusa, certe quidem ita coniuncta, ut nequeant aliæ ab aliis separari, seu dividi: unde dicuntur indivisæ. *d. L.* 5. *infr. de stip. ser.* Sic fit, ut res de qua tradenda cautum est, tradi pro parte nullo modo possit ideo, quia has partes non recipiat, quæ tradi possint. Opponitur hoc loco *L. locus, supr. de acq. poss.* Ubi diserte scriptum est, partem pro indiviso possideri, et per longam possessionem capi posse. Sed cum hoc concesserimus, ut est verissimum non ideo efficitur hanc ipsam partem pro indiviso solam tradi posse, seu ita tradi, ut res dici possit tradi pro parte, de quo nunc quærimus. Necesse est rem totam tradi ei, cui partis unius possessionem quæsitam volumus; si verum est, quod diximus partes indivisas ita inter se esse confusas, ut nulla tradi possit sine altera: ejusque rei certissimum argumentum est, quod ab uno ex sociis placuit servitutem fundo communi acquiri non posse. *L. si unus, supr. de ser. præ. rust. L. si quis duas, in princ. supr. com. præd.* non enim ob aliam caussam placuit, quam quod alienæ parti acquirere non potest. *L. proprium, d. L. si quis duas, com. præd.* Suæ autem non potest acquirere, quin acquirat alienæ propter partium confusionem. Sed cum res integra alicui tradita erit, non acquiret tamen possessionem nisi partis rei, si volet; quia possessio ut corpore, sic non nisi animo acquiritur. *L.* 3. *supr. de acq. poss.* Itaque qui volet partem indivisam in fundo possidere, id quidem potest consequi; sed consequetur hoc modo. † Is possessore 12
inducente in fundum veniet eo modo, quo fieret, si totius fundi possessionem nancisci vellet ex præscripto, *d. L.* 3. Hinc si erit hoc animo ut velit partem possidere, hanc ita possidere incipiet, ut nihil possideat amplius. Illam quidem possidebit ideo, quia in eam et corpus et animus possidendi concurrunt: non possidebit cæteras: quæ etsi per unam cæteras quoque corpore attigit; tamen in eas deest animus, sine quo, ut dixi possessio acquiri non potest. Sed præcipue hic obstare videtur exemplum stipulationis dandi; nam si pro parte indivisa dari potest, ut constat *L.* 2. *supr.* cur minus pro indivisa tradi potest? Et de eo dicetur commodius postea in dividuis faciendi stipulationibus.
† Posteriora hæc tria, fossam fodi, insulam 13

ædificari, item operæ, expeditam admodum habent rationem. Ut enim quis dederit fossam factam, itemque operam exhibitam esse aliquid, quod subsistat in rerum natura, itidem ut insulam jam perfectam. quæ et est, et in partes dividi non potest (quod tamen neque de fossa, neque de opera recte dici posse videtur, cum opera exhibita præterierit; fossa autem non tam sit res, quam rei privatio) tamen de his jam perfectis nihil hic promittitur, sed de futuris; seu non factis, ut fiant. Nihil istorum pro parte fieri posse dicimus: inque manifesta ratione, quam Cajus significat in *L. si is qui quadringenta*, §. 1. *supr. ad leg. Falc.* quoniam non sunt prius, quam facta sint. Ejus porro rei, quæ non est, nullæ partes natura intelligi possunt: partes enim sunt alicujus totius partes, ut neque sit totum sine partibus, neque partes sine toto, utpote ex cujus solius collatione dicantur partes. Non esse autem ista prius, quam facta sint, sic ille demonstrat. *Neque enim, inquit, ullum balneum ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, nisi qui ei propriam formam dederit. Hæc vero ex consummatione contingit.* Scripta quidem hæc esse apparet de opere et corpore aliquo futuro; sed et in fossa, et in operis eadem ratio est. Ut enim instituitur ædificatio propter insulam futuram, ut sit; ita fossio ad fossam faciendam; ita labor ad operam edendam. Atque ut non est insula prius, quam extructa sit; sic nec fossa prius, quam facta sit; nec opera prius, quam impleta. Quod si opera est diornum officium, definitur in *L. 1. supr. de op. lib.* idest, quantum quis interdiu possit operando efficere: intelligimus nisi quis totum diem hoc officium præstiterit, ante operam impletam non esse, eoque nec esse operam: cujus proinde ante id tempus nullæ partes esse possint, non magis quam insulæ nondum factæ. Traditum est in *L. in stipulationibus*, §. 1. *supr. eod.* stipulationem plurium operarum dividi numero. Quod non est huic loco contrarium. Ipse enim numerus operarum major in minoris dividi potest: operæ ipsæ singulæ suot individuæ. Ac de singularum operarum stipulationibus hic agi vel hinc liquet, quod propositio ipsa concepta est de stipulationibus earum rerum, quæ divisionem non recipiunt. Ibidem scriptum est, si unam operam servus communis stipulatus fuerit, posse utrumque dominorum partem operæ petere, atque adeo id facere utrique necesse esse. Hoc amplius etiam traditum est in *L. si quando, supr. de op. lib.* si quando pluribus patronis libertus promiserit operas, non tantum partem operæ peti posse, sed etiam deberi. Sed ne hoc quidem significat ipsam operam dividi, aut pro parte præstari posse. Utrumque enim de præterita opera scriptum est, cum ut est in *d. L. si quando*, semper præterita opera, et quæ jam dari non possit, petatur. Operam præteritam peti cum legimus, æstimationem peti operæ intelligere debemus, non operam; sic enim observatur in iis rebus, quæri dari posse desierunt, et tamen debentur, qualis est opera præterita, ut quoniam ipse præstari non possunt, ideo duret petitio æstimationis earum. *L. in re, supr. de cond. fur.* Æstimationem operæ dividi non negamus. Quinimo diserte paulo post hic scriptum est, si factum non sit, quod debuit pecuniam dari oportere, ideoque et in hoc genere stipulationem dividi. Ex quo jure superiorum locorum sententiæ de parte operæ petenda natæ sunt. Quod Julianus confirmans in *d. L. in stipulationibus.* §. 1 ait in ista petitione solutionem hanc futuram, ut æstimationem offerat libertus, si velit, aut consentientibus patronis operas in commune edat. Quod si de opera ipsa agetur, non de ejus æstimatione, hic vere dicetur quod idem Ulpianus sibi consentiens definit in *L. libertus*, §. 1. *supr. de op. lib.* neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte posse operam. Addit Ulpianus hoc loco, *vel quid his simile.* Non sunt ergo sola ea facta, quæ commemoravit, individua; sed et alia innumera, si specie spectemus: ea tamen, quae sint superioribus similia, videamus. † Et traditioni rei similia, sunt ea 14
facta, quæ in se traditionem, aut traditionis seu possessionis retentionem inclusam habent: cujusmodi sunt hæc duo, rem restitui et emptorem defendi in eaossa evictionis. Nam et in restituendo inest tradere, cum restituere nihil aliud sit; quam rursum tradere; et hoc ipsum defendere est, præstare emptori, ut ei rem venditam habere, tenere liceat. Ideo placet neutrum fieri posse pro parte, non magis, quam rem tradi. De priore est in *L. si duo, supr. dep.* de posteriore in *L. cum ex causa, infr. eod.* de utroque coniunctim in *L. 4.* §. *ult. supr.* ubi divi. † Insu- 15
læ ædificationi similis est, cujusvis operis effectio, ut theatri, balnei, navis, armarii, et similium. *L. in exsecutione*, §. *secunda, infr. eod. L. si is qui.* §. 1. *supr. ad leg. Falc.* Fossæ fossioni similem dixeris operis cujusque destructionem. Nam nec fossa, qui locus est, unde effossa est terra quæ prius fuerat; nec insulæ aut operis facti demolitio quidquam aliud est, quam privatio rei pri-

ris. Itaque non magis opus aliquod pro parte restitui, idest, destrui potest, quam fieri, ut diximus ad *d. L.* 4. §. *ult. supr.* quod et illic inter cætera traditur. Planeque utrumque eadem ratione nititur, ut et in fossa supra diximus. Ut enim nun est insula prius, quam facta sit; sic nec restitutio operis prius, quam hæc restitutio confecta fuerit: itaque ante quam id contigerit, ejus restitutionis quæ non est magis ullæ partes intelligi possunt, quam insulæ nondum factæ. Quod si nondum restituto toto opere, restitutionis ejus nullæ sunt partes, apparet destructionem operis facti per partes restitutionis operis exerceri non posse. At enim insulæ jam factæ, quam restituere oporteat, suæ sunt partes, ut tectum, parietes, fundamentum: quarum unamquamque separatim destrui posse constat. Sed ut in ædificatione insulæ de ædificatione judicamus ex re propter quam instituitur, nempe ex insula: et in fossa fodienda fossionem spectamus non ex terra quæ eximitur, sed ex fossa, propter quam instituitur fossio: sic et in destructione operis, seu insulæ, si de divisione ejus quæritur, non de ea ex insula, sed ex ipsa restitutione futura judicare debemus. Propter hanc enim omnis destructio præcedens instituitur, non propter insulam; adversus quam potius tota hæc demolitio comparata est. Jam autem dixi nondum destructo toto opere, restitutionem operis nullam esse. Ita relinquitur nec ante ejus ullas esse partes, per quas dici possit illa restitutio contingere. His exemplis expositis, et singulorum ratione cognita, licet jam videre, quæ summa omnium fiat, atque ita breviter complecti: ✝
16 Individua facta esse, quæ conferuntur aut in res futuras, ut fiant, aut in rem præsentem quidem et subsistentem in rerum natura, sed unam partibus indivisis costantem, ut in ea, aut de ea fiat aliquid. Nam priores cum nondum sint, interim ne partes quidem habere; posteriorem habere partes, sed non discretas. Hanc rem facere, ut neque illic pro parte quæ non sit, quidquam possit fieri; neque hic pro ea solum parte, quæ sit quidem, sed non ita, ut in ea quidquam possit fieri sine altera, quæ est confusa. Jam quæ sint dividua facta, paucis consideremus, postquam aliqua esse constat, et Ulpianus hoc loco satis declarat, cum de reliquis factis, quæ non recensuit, ita scribit, ut nun dicat, de omnibus idem dicendum esse, quod de prioribus, sed solum de eo, quod sit his simile. Et si vera est superior definitio de factis individuis, ut est verissima: facile est intelligere contraria de caussa hoc ita evenire, ✝ ut si qua facta 17
sunt dividua, ea sint, quæ conferantur in res dumtaxat præsentes, neque rursum omnes, sed in eas solum, quæ partes habeant natura discretas, quarum in singulis quod fieri promissum est, separatim possit exerceri sine detrimento totius rei aut partium. At ubi hæ res reperientur, cum singulas species dixerimus constare quidem suis partibus, sed indivisis? ✝ Et hujus generis res 18
sunt, quæ constant quantitate discreta, quarum partes ita sunt, ut una tantumdem præstet, quantum alia pro portione; cujusmodi sunt, summa certæ pecuniæ, et fructus. Nam et summa minor pluribus minoribus, iisque discretis constat: nec fructus nascuntur ex re aliqua, nisi separati alii ab aliis. Ergo hujusmodi stipulationes faciendi divisionem recipiunt, quibus cavetur, ut vel pecunia credatur, vel fructus rei præstentur, tradanturve, vel eos capere liceat. Id ita esse cum natura rerum nos docet, tum vero manifeste declaratur argumento earum stipulationum, quæ sunt in dando. Has divisionem recipere constat sive pecuniam dari stipulemur, sive speciem aliquam corpore constantem: de quibus dictum est ad *L.* 2. illic *et harum*, supr. eod. Atqui etiam dare facere est, *L. verbum facere, infr. de verb. sig.* quinimo in dando etiam inest rem tradere. Quoniam non dantur res, idest, non transfertur earum dominium, nisi tradendo, *L. traditionibus, C. de pact. L. quoties, C. de rei vind* ✝ Cur ergo hæ admittunt divisio 19
nem potius, quam *rem tradi?* non enim ad rem pertinet, si quis dicat, in stipulationem dandi deduci corpora constantia suis partibus natura. Nam et in stipulatione *rem tradi* de ejusmodi rebus agitur: quarum si pars pro indiviso tradi non potest sine altera tunc, cum eas ex stipulatione tradendi tradere volumus: ne tum quidem poterit, cum eas ex stipulatione dandi volemus tradere ad dominium transferendum. Cur ergo, inquam, stipulatio dandi divisionem recipit potius? Quia in hac stipulatione verbo dandi non tam res quæ promittitur verbis, quam ejus commoda et fructus continentur. Dare enim est dominium transferre. §. *sic itaque, Instit. de act.* Dominii autem vis et potestas omnis sita est in fructibus et emolumentis rei percipiendis: ad quam etiam perceptionem omnis acquisitio rei, et dominii translatio refertur. Propter fructum igitur rei dividua est dandi stipulatio, non propter rem ipsam tantum: quæ si sola in stipulatum venisset, non magis pro parte tradi posset ex stipulatione dandi, quam potest ex

stipulatione *rem tradi*, cum utrobique res una sit, cujus partes quamdiu res integra maneat, sejungi non possunt, partium confusione necessario eam divisionem prohibente. At fructus quamvis ejusdem rei pro parte indivisa rei tradi possunt, sunt enim ipsi divisi inter se omnes et discreti natura, ut non sit metuendum, ne cum eos pro una qualibet parte rei transferre aut percipere volemus, id fieri non possit sine aliorum fructuum translatione aut perceptione. Et ad eam rem dominium partis pro indiviso transfertur; non quia dominium discretas ejusmodi partes habeat, aut etiam ullas habeat re vera, cum non sit corpus; sed quia ea contineat, quæ ab eo qui dominus sit pro dimidia aut tertia, aut quarta parte rei, ad eam quoque partem jure precipiantur. *L. qui scit. supr. de usur.* Id autem fit non tradita una parte fundi, si de fundo agitur, sed toto fundo tradito, ut supra de possessione partis acquirendæ fieri diximus: sic tamen, ut hoc modo non utriusque, sed unius tantum partis indivisæ, quæ traditur, et possessio et dominium acquiratur: propter animum acquirendi et transferendi videlicet, qui in hanc solum partem concurrit: sine quo nec possessio acquiritur, nec dominium, *L. 3. supr. de acq. poss. L. in omnibus rebus, supr. prox. tit.*

20 † Et ideo bene definitum est a Barone, ubi stipulatio faciendi aut etiam dandi non progreditur longius, quam ut re tradita eam tenere, eaque uti liceat: neque verbo faciendi continetur jus fruendi, toties stipulationem esse individuam: qualis est stipulatio, *rem tradi*, et quæ idem valet, stipulatio *vacuam possessionem tradi*. Hac enim præcipue continentur, ut rem tenere et possidere liceat. Quorum utrumque est facti; *L. 1. §. 1. et seq. supr. de ac. pos.* eoque non juris ad fructus percipiendos constituti, cum possit quis ista habere, ut tamen fructus suos non faciat. Contra vero ubi factum spectat ad fructuum et commodorum rei acquisitionem, quale est dare, ibi ex conditione fructuum, accidere recte ait, ut sit stipulatio dividua; quia fructus discretas partes habeant. Id quam verum sit, declaratur argumento ususfructus, cæterarumque servitutum; cur enim placuit illum dividi posse, cæteras autem servitutes esse individuas; *L. 1. §. si ususfructus, supr. ad leg. Fal.* cum pariter omnes servitutes sint, et omnes in jure pariter consistant? nimirum quia etsi ususfructus in faciendo consistat, id est, utendo fruendo: *L. 1. supr. quan. di. ususf. leg. ced.* procedit tamen hoc factum longius, pertinetque ad fructus percipiendos, res non tantum dividuas, sed etiam sua sponte divisas natura: cæteræ servitutes in nudo usu sunt positæ, qui ob eam caussam etiam indivisus est. *L. viæ, supr. de ser.* † Ex eadem regula superiore hæc facta dividua sunt, dolum admittere in re, quam recte reddere debueris, eam oppignerando; item petere aut pecuniam, aut rem aliquam corporalem dari. Nam cum in pignore dando jus fructus percipiendi transferatur in creditorem, *L. 2. C. de pig. ac.* certe transferatur jus vendendi pignoris, id est, dominii in alium transferendi. *L. non est novum, supr. de acq. rer. dom.* quas res omnes suas partes habere discretas supra diximus: consequens est superioribus rem pro parte indivisa oppignerari, et hactenus dolum admitti posse. *L. unica. C. si com. res. pig. dat. sit.* Multoque citius idem dixeris in petitione rei dandæ, qua aperte id agitur, ut dominium transferatur in petitorem. Quod si hæc dividua erunt: et illa his contraria, dolum abesse, et amplius non agi, seu rem ratam haberi, si modo de iisdem rebus non oppignerandis, aut non petendis agetur. Nam si pro parte licet oppignerare rem aliquam licet et non oppignerare pro parte: et si licet petere pro parte, licet et pro parte non petere. Imo vero quod pro parte solum res oppignerari aut peti dicitur, non alia de caussa fit, quam quod altera non oppignera tur, non petitur. Alioqui res tota oppignerari et tota peti diceretur. Unde hæc eadem duo Paulo quandoque dividua, dolum malum abesse, et rem ratam haberi. *L. 4. §. Cato. supr. eod.* de quibus illic dictum est: † Ex 22
his apparet verum esse, quod supra posui, facta omnia si per se spectentur, non esse ea res, quæ possint dividi. Nam et si aliquid fiat in parte rei, non eo minus hic factum unum est: quod ob eam caussam non est divisum. Et si idem modo fiat in una parte, modo in altera, non ideo tamen re vera factum dividi dixeris. Plura enim hic facta sunt a se invicem jam ab initio distincta, non unum, quod postea in partes dividatur. † 23
Sed ita est, ut dixi. Facta ipsa ex rebus æstimantur: ex his dicuntur dividi, aut non dividi. Nam si hæc de una re, aut una summa promissa in partibus discretis ejus rei exerceri possunt, dividua habentur, quia rebus serviunt, in quibus exercentur; si non possunt, naturam suam per omnia servant, suntque plane individua.

Celsus tamen) † Tria dixerat Ulpianus. 24
Primum generaliter definierat stipulationes non dividi earum rerum, quæ divisionem non reciperent. Deinde exemplis earum utens addiderat hujusmodi stipulationes in rebus esse

servitutum stipulationes. Tertio loco ejusdem generis esse et faciendi stipulationes eas, quas recenset, et similes. In definitione superiore nihil nunc mutat: et recte; est enim verissima et perpetua: neque enim lege dividi possunt, quæ natura sunt indivisa, *L. heredes.* §. *an ea, supr. fa. erc.* Ne in exemplo quidem servitutum quidquam mutat, congruit enim definitioni: cum non possit dici servitute in stipulatum deducta aliud quidquam unquam inde deberi, quam servitutem. Hæc autem aperte divisionem non
25 recipit. *L. via, supr. de ser.* † Tertium, quod de faciendi stipulationibus posuerat, indicans has quoque pertinere ad definitionem, id est, divisionem non recipere, ducet hoc loco non esse perpetuum. Non quod stipulatio rem individuam, seu factum individuum continens alia esse possit, quam individua secundum definitionem supra scriptam: sed quia in hoc genere stipulationum non semper factum præstari debeat, sed sit tempus, cum pecuniam dari oporteat, idest, cum pecunia incipiat deberi: tunc nimirum, cum non fuerit factum, quod promissum est. Id cum evenit, jam commutata ratione superioris definitionis etiam stipulationem exinde dividi necesse erit, quia quantitas partis præstationem natura recipit. *L.* 2. §. 1. *supr. eod.* ut consequens sit etiam quod subjicit, et juxta facti æstimationem dandam esse petitionem. Itaque si quis sententiam Ulpiani suis partibus comprehensam explicare velit, locus hac argumentatione constat: In faciendi obligationibus, si factum non sit, quod promissum est; pecuniam dari oportet, æstimationem nimirum ejus quod interest, quod stipulatione continetur. Omnis autem *dandi*, sed præcipue pecuniæ, et quantitatis stipulatio divisionem seu partis præstationem recipit. Proinde et faciendi stipulatio omnis hac eadem conditione divisione recipit, si non fuerit factum, quod promissum est. Hæc Ulpiani collectio est ad probandam faciendi stipulationum divisionem comparata: sed qua nihil certi efficitur, nisi prius constiterit, cujusmodi sit, quod ponit, in faciendi obli-
26 gationibus pecuniam dari oportere. † De quo tamen magnæ fuerunt omnibus ætatibus, et sunt nunc etiam dissensiones. Sunt enim et hi quidem numero plures, qui cum Martino hoc loco, et in *L.* 1. *supr. de act. em.* statuant in faciendi obligationibus factum in obligatione versari, non pecuniam, non id quod interest, quia fieri quid promissum sit non promissum id quod interest. Itaque non in id solum agi posse, ut quod promissum est, fiat, sed etiam promissorem ad faciendum præcise posse cogi. Nec unquam evenire, ut pecunia debeatur, nisi cum amplius fieri non potest, quod promissum est. Quæ sententia si vera est, consequens erit nec faciendi stipulationem ante id tempus dividi. Quod si quis statuet id quod magno consensu a juris auctoribus traditum est, in obligationem faciendi venire id quod interest, idest, conditione ipsa obligationis pecuniam deberi: tamen quærendum erit, quam recte videatur hoc statui, verbis in speciem refragantibus. Si nihil aliud; certe hoc erit dubium, ex quo tempore incipiat venire, et cum venerit, utrum solum sit in obligatione, an vero una etiam id quod fieri promissum est; quibus non constitutis nihil certi, ut dixi, nec de divisione ipsa stipulationis statui potest. Multis igitur de caussis faciendum est, ut de hac parte prius hoc loco dicatur, et quia res per se cognitione digna est: et quia hic locus hanc explicationem postulat, sive quod utramque partem hic posuit Ulpianus, sive quod posterior de divisione intelligi non potest, nisi constituta priore. Postremo quia pertinet ad hunc tractatum de verborum obligationibus, statui quid in quamque stipulationem veniat tum dandi, tum faciendi: ut liceat id petere et judicio consequi; sed præcipue in obligationibus faciendi, quæ singularem quandam in hac re dubitationem habent. Ac cum aliis quoque locis quibusdam jus traditum sit de hac quæstione sub hoc titulo; nusquam tamen expositum est apertius aut plenius, quam hoc loco: est enim hic generalis definitio de stipulationibus faciendi omnibus, collata non ad unum tempus condemnationis, ut in *L. si quis ab alio, in fin. supr. de re jud.* sed ad obligationem ipsam, quæ stipulatione contrahitur, quæque omnibus temporibus una est. Sic ergo definitio est hujus loci; ubi quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere. Ea quid valeat, videamus. Id ita facillime assequemur, si considerabimus, quæ ejus partes sint, ac de singulis ordine cognoscemus. Tria sunt autem in ea spectanda. Primum quo de genere stipulationum hic jus statuatur; deinde qua conditione: postremo quodnam id jus sit. De faciendi stipulationibus definitio concepta est. Conditio hæc, si quod fieri stipulamur, factum non fuerit: Jus quod ex hac conditione statuitur, pecuniam in eo genere dari oportere. Hæc sigillatim expendamus. Ubi *quid fieri stipulemur*, inquit Ulpianus. Ergo de faciendi obligationibus definitio, ut dixi, scripta est, ut et in *L. si quis ab alio, in fin. supr. de re jud.* Inepte, si et in stipulationibus dandi idem juris est. Proprium vero

hoc jus est stipulationum faciendi, ut nisi fiat quod promissum est, id quod interest, debeatur: nam in dandi stipulationibus ipsa res in obligationem venit, quæ verbis comprehensa est, nec quidquam petitur aliud. *L. ubi autem* §. *ult. L. si servum*, §. *ult. infr. eod.* Sed si recte placuit ex dandi stipulatione deberi rem stipulatione comprehensam, atque adeo aliud deberi non potest; *L. quidquid, infr. eod.* an non contra jus facimus, si illud statuimus in stipulationibus faciendi? Si quidem aliud statuerimus, sane contra ius fieret: nunc autem cum dicitur ex faciendi stipulatione deberi id quod interest, non aliud dicimus deberi, sed idem. Ideo enim hoc debetur, quia et in stipulationem venit, quia in stipulationem deducitur, ut paulo post dicemus. Cur ergo istas stipulationes distinguimus, si pariter ex utroque genere id debetur, quod stipulatione est comprehensum? Non utique in eo, quod in stipulationem deducitur: sed in eo, quod videtur deduci, seu in eo quod verbis significatur. Aliud enim atque aliud in utrumque genere significatione voluntatis deduci intelligitur. Nam in stipulationem dandi id venit, quod verbis expressum est, quia nec aperte aliud actum est. In stipulationem autem faciendi, non id, quod verba prima fronte ostendunt, sed quod significatur eorum sententia; vel potius quod continetur sententia contrahentium, quæ verbis declaratur. Id autem est, quod interesse dicimus. Quæ sententia unde colligatur, dicetur postea, cum ad eam partem venerimus. Hoc autem quoniam præter verba fieri videbatur ex interpretatione voluntatis, ideo ad id cavendum singulari et hujus generis propria definitione opus fuit, quam inde tot locis traditam legimus, ut hic. *et L. si quis ab alio.* §. *ult. supr. de re jud. L. si pœnam, supr. L. quoties quis, L. si quis stipulatus.* 112. *infr. eod.* et innumeris aliis in locis. Non continuo in faciendi obligationibus pecuniam dari oportet; sed hac conditione, si factum non fuerit, quod fieri promissum est: puta, si ex iis exemplis stipulationum, quæ supra proposuit Ulpianus, res non sit tradita, fossa non facta, insula non ædificata, operæ

27 non editæ. ✝ Hanc conditionem quomodo accipimus? utrum ita, ut simulatque factum non fuerit, quod promissum est, pecunia debeatur, sive per rerum naturam fieri potuerit, sive non potuerit? Nam id verba admittunt. Eum enim qui promisit se insulam ædificaturum, quacunque de caussa prohibitus sit, ne faceret, si non fecit, semper verum est insulam non ædificasse etiam ab initio stipulationis. Sed non sic accipimus: alioqui dicendum esset in hoc genere stipulationis semper promissorem statim et sine ulla conditione pecuniam dare oportere, quod conditioni hoc loco adjectæ adversatur. Quid ergo est? ex natura rei promissæ conditio sic accipienda est: si non fuerit factum intra id tempus, quo per rerum naturam fieri potuit, pecuniam dari oportet. In omnibus enim faciendi obligationibus ex re ipsa inest tempus, quo per rerum naturam potest præstari, quod promissum est; et ante quam id præterierit agi non potest: unde intelligitur nec ante quidquam dari oportere. *L. interdum, infr. L. si ita.* 14. *supr. eod.* ✝ Sed 28
ut ante id tempus nihil debetur, ita postquam præteriit, si factum non est, quod debuit, nisi dies stipulationi adjectus amplius spatium ad faciendum dabit, ex conditione definitionis pecuniam dari oportet. Quo loco expendenda conditio est. Non enim dicitur, pecuniam dari oportere, si id quod fieri stipulemur, amplius fieri non possit; sed simpliciter, si non fuerit factum. Qua una conditione satis refelluntur ii, qui putant in faciendi obligationibus sic pecuniam seu id quod interest, deberi, si factum amplius per rerum naturam præstari non possit: alioqui factum ipsum in obligatione et præstatione esse, non pecuniam. Quod enim, an hæc eadem sunt, si quod fieri promissum est, factum non fuerit; et, si id amplius præstari non possit? Sed perspicuum est multum inter has conditiones interesse: cum posterior neget pecuniam deberi ac præstari posse, quandiu fieri possit, quod promissum est; prior confirmet omni modo deberi, sive adhuc fieri possit quod fieri stipulamur, sive non possit, dum modo constet intra id tempus quo natura fieri non potuit, factum non esse. Nisi quis dicat etiam posteriorem hanc conditionem hic intelligi debere. Sed si hoc recipimus; quid dici potest ineptius veteribus in hac definitione? qui cum conditionem adjicere vellent, eam quæ erat necessaria, et sola sufficiebat, omiserunt; quod autem est stultius, eam quæ non erat idonea et quæ sola magna ex parte sententiam falsam redderet, posuerunt. Quanquam si posteriorem adjecissent, nihilo rectior ea definitio futura esset: cur enim ea conditione adjecta definitionem conciperent de faciendi stipulationibus? nam hac conditione posita si non possit præstari, quod promissum est, non in faciendi tantum, sed etiam in dandi obligationibus hoc accidit, ut pecuniam dari oporteat, æstimationem nimirum rei in obligationem deductæ. *L. in re, supr. de cond. fur.* Quare si non inepte

scripserunt optimi auctores juris, si id senserunt, quod scripserunt: omnino conditio in hac definitione adjecta hoc efficit, ut sive fieri non possit, quod promissum est, sive possit, semper pecuniam dari oporteat, si id quod promissum est, intra justum tempus factum non fuerit: in quam sententiam etiam postea plura dicemus. Hac conditione posita sequitur tertium, quod expendamus: jus id nimirum, quod definitio superior tribuit faciendi stipulationibus id autem est, in his deinceps pecuniam dari oportere. Qua parte quærendum est, quam pecuniam hic intelligamus; tum quam vim habeat, quod dicitur hanc oportere dari; postremo quo jure, quave ratione hæc obligatio et necessitas dandi defendatur in ea stipulatione, in qua nihil de ea pecunia

29 aperte cautum appareat. ┼ Pecunia hic nominatur, similiter ut in *L. si quis ab alio*, *§. ult. supr. de re jud.* ab eodem Celso in definitione, pene totidem verbis constante; *quia*, inquit, *non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur; sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.* Illic, *in pecuniam numeratam* condemnatur, valet id quod initio ejus capitis dixerat æstimandum esse, quanti stipulatoris intersit: sic et hoc loco pecunia est id quod interest. Nimirum hoc illud est, quod aliis verbis de hac re apertius tot locis traditur, ubi quid fieri stipulamur, in stipulationem venire, stipulatione contineri id quod stipulatoris interest, ut præstari debeat videlicet, si promissor non facit, quod promisit. *d. L. si quis ab alio. in pr. de re jud. L. si pœnam. supr. L. quoties quis, L. si quis stipulatus*, 112. *infr. eod.* Vocatur autem id quod interest, pecunia, seu pecunia numerata, qua cum de eo præstando agitur ob id quod factum non est, quod debuit, ut nunc agitur, non potest alia in re consistere, quam pecunia numerata. Nam si id quod interest, est utilitas, quæ ex facto percipi potuit, ut passim a juris auctoribus appellatur, ut *L. 2. in pr.* et *§. ult. supr. de eo quod cer. lo. L. pen. supr. si quis caut. L. 1. §. hæc verba, supr. ne vis fiat ei.* Et postquam id factum non est, quod debuit, hæc utilitas amittitur; unde etiam post id tempus, id quod interest, quod persequimur, definitur id quod habere potuimus, sed nunc nobis abest; et quod potuimus lucrari, sed lucrati non sumus: *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* perspicuum est id quod interest, jam amissum ipsum amplius præstari non posse. Ita si præstari volumus, omnino necesse est id æstimari pecunia numerata, ut quantum id erit, tanta pecunia præstetur. Hinc est, quod veteres æstimandum dicunt, quanti intersit, ut in *d. L. si quis ab alio, in pr. supr. de re jud.* et *L. aut lex supr. ad leg. Aq.* quod dicunt utilitatem in æstimationem venire. *L. si sterilis, §. cum per venditorem, supr. de act. empt.* Hinc illa facti æstimatio, cujus hoc loco mentio ut postea: ubi facti æstimatio intelligenda est æstimatio utilitatis ejus, quæ ex facto capi potuit, est autem ut dixi, hæc utilitas id quod interest. Ergo hæc pecunia, seu æstimatio appellatur id quod interest, quia ejus quod interest, æstimatio est, et eo nomine præstatur, ac præstita vi ipsa eandem illam utilitatem, quæ nobis aberat, continet. Sed esto, dixerit aliquis, id quod interest, recte dicatur pecunia numerata, quia id non nisi pecunia numerata præstetur. At certe pecunia generis nomen est, quod per se positum non magis significat id quod interest, quam aliam quamvis pecuniam; quæ aut sola, aut alicujus rei nomine in stipulationem deducatur. Qui fit igitur, ut veteres eum id quod interest in hac caussa significare vellent, solum pecuniam dari debere dixerint, cum posset hoc verbo alia pecunia intelligi? Ex circumstantiis definitionis, id est, ex eo, quod dicitur pecuniam dari oportere in stipulationibus faciendi, et præcipue quod adjicitur hæc conditio, *si quod fieri stipulemur, factum non fuerit;* satis intelligitur non aliam pecuniam hic nominari, quam eam, quæ præstetur eo nomine, quod factum non sit, quod promissum est. Hanc autem constat aliam esse non posse, quam æstimationem ejus facti, quod præstari debuit, id est, æstimationem ejus, quod stipulatoris interfuit id factum esse. Solum ergo pecuniæ verbum nunquam significaret id quod interest: re autem adjecta et caussa, propter quam præstetur, adjunctum satis speciem declarat. Sed cur non maluerunt veteres aperte loqui, et dicere præstandum esse, quod interest, ne quid esset obscuri aut ambigui in definitione? Pecuniæ verbo tanquam pleniore videntur usi esse consulto, dum scilicet definitione volunt non solum intelligi hic præstandum esse, quod interest, sed etiam indicare, quid in ejus persecutione faciendum esset; nempe id æstimandum esse, ut sic pecunia peteretur: in pecuniam numeratam certam condemnatio fieret; sic denique ea pecunia præstaretur. ┼ Jam his 30
verbis, *pecuniam*, seu *id quod interest, dari oportere*, hæc omnia continentur. Primum si factum non sit, quod promissum est, pecuniam et id quod interest, deberi, in obligatione esse; et quidem ita, ut exigi possit:

non solum deberi. His etiam fieri, ut et quæ de aliarum rerum, quæ solæ debentur, petitione, condemnatione, præstatione tradita sunt, eadem hic quoque locum habeant, cum de persecutione agitur ei solutione ejus
31 quod interest. † Primum his verbis hoc significatur. id quod interest, jure deberi, et esse in obligatione. Id enim dari oportet, quod quis necesse habet dare, quodque ab invito exigi potest. Eadem autem et debendi definitio est in *L. debitor, infr. de ver. sig.* Hinc formula actionum in personam, Ajo te dare, facere oportere, de iis rebus, quæ debentur, et petuntur jure. *§. 1. Inst. de act. §. item per, Inst. quib. mod. oblig.* Quinimo plus est dari oportere, quam deberi: certe *oportere* verbum est ad necessitatem præstationis et obligationis exprimendam significantius. Nam debendi verbo continetur etiam id, quod debetur naturaliter, ut fit in edicto de condictione indebiti, et de pecunia constituta. *L. si quod dominus. supra, de con. ind. L. 1. §. ult. supr. de pec. const.* Dari autem oportere id solum intelligitur, quod dari necesse est: atque id est necesse, quod judicio potest exigi. Quæ si ita sunt; dubitari non potest, quin id quod interest, sit in obligatione: nam id deberi intelligitur, ad quod præstandum quis obligatus est; et hæc ipsa necessitas dandi, de qua diximus, nihil est aliud, quod obligatio. *Inst. de oblig. in pr.* Unde manifestus error eorum deprehenditur, qui putaverunt id quod interest, in faciendi obligationibus in
32 solutione solum esse, non in obligatione. † Ut autem si factum non est, quod promissum est, pecuniam dari oportet, idest. id quod interest, jure debetur, et est in obligatione; ita his ipsis verbis effici ajo, solum id quod interest, deberi. Ex una enim stipulatione faciendi, qua eadem res una continetur, amplius quam res una deberi non potest. Quare si debetur in hoc genere id quod interest, et quidem ita, ut dari oporteat; etiam solum deberi necesse est. Non
33 igitur amplius factum est in obligatione. † Falsumque est, quod ab aliis acceptum Bartolus in hujus loci interpretatione sequitur, utrumque in obligatione esse, et factum, et id, quod interest. Agnoscit ille non esse utrumque in obligatione conjunctim: et recte agnoscit; alioqui aut bis idem exigeretur contra naturæ æquitatem: *L. bona fides, infr. de reg. jur.* aut exigerentur res duæ ex ea stipulatione, qua una tantum promissa est, contra contrahentium conventionem. Sed ait utrumque deberi sub alternatione, factum nimirum, aut id quod interest; sic tamen ut velit actoris esse electionem, utrum petat; ideoque ipso petente pecuniam, hanc ipsam volenti dari oportere. Quod defendi non potest. † Scimus 34
enim cum illud aut illud promittitur, promissoris electionem esse, utrum præstet: *L. plerunque, in fin. supr. de jur. dot. L. 2. §. Scævola, sup. de eo quod cer. lo.* cui eligendi potestati contrarium est pecuniam dari oportere. Non enim necesse est eam dari, si promissor faciendo liberari potest. † Sed 35
ille dictum illud de electione ita interpretatur; nisi utrumque quod disjunctim in obligationem deductum est, debeatur diversis actionibus, ut non tam una sit obligatio res duas sub disiunctione continens, quam duæ obligationes duarum rerum. Id autem in proposito contingere ait, ubi unam vult obligationem facti esse inductam a contrahentibus; alteram de eo quod interest, subrogatum a lege. Utrumque falsum est, et quod de duabus actionibus diversis jus esse dicit, et quod has actiones ait in hoc genere stipulationum inesse. Hoc quidem posterius aperte falsum. † Una est enim actio ex fa- 36
ciendi stipulatione, qua et petatur factum, si quidem peti posse concederemus, et qua petatur id quod interest: nempe actio incerti ex stipulatu. Hanc in petitione facti admittunt: de eo quod interest, competere negant, quia id condictione certi peti volunt: sed pudendo plane errore. Primum quia id quod interest, incertum esse et dici, omnium juris auctorum sententiis constat. *L. si pœnam, sup. eod. §. ult. Instit. eod.* Deinde quia diserte scriptum est in *L. ult. supr. si quis in jus voc. non ier.* in id quod interest agi actione incerti. Et quod ad hujus sententiæ confirmationem utuntur definitione *L. certi, sup. si cert. pet.* ridiculum est. Illic quidem traditur certi condictionem competere non tantum ex contractu certo, sed etiam ex incerto; sed adjicitur: dummodo ex eo *certum petatur.* Stipulationem faciendi incertum esse contractum inter omnes convenit. *d. L. si pœnam, supr.* Sed an id quod interest, certum? Imo vero usque adeo incertum, ut non ob aliam caussam stipulatio ipsa incerta sit, quam quod in eam venit id quod stipulatoris interest, ut declaratur in *d. L. si pœnam; de qua* incertitudine et ejus caussis illic a me dictum est. Quapropter etsi concederem istis, cum pluribus rebus disiunctim debitis, de singulis diversæ sunt actiones, tunc actorem eligere posse, qua actione experiatur, et propter actionem esse quoque in ejus potestate, quam rem petat: tamen ad stipulationem faciendi non

pertineret, ex qua duas res alternatim deberi constaret, factum, aut id quod interest; et utriusque nomine unam eandemque esse actionem, incerti ex stipulatu. Atqui nihilo verius est prius illud quod dicunt, cum plures res disiunctim debitæ diversis actionibus petuntur, electionem esse creditoris, et qua actione agat, et quam rem petat, propter actionem. Tunc enim demum pluribus constitutis actionibus hæc electio creditoris est, cum ejusdem rei nomine actionis proditæ sunt, ut fit in actione de peculio, et tributoria: quarum utraque de merce peculiari competat. *L. quod in herede*, §. *eligere*, *supr. de trib. act.* ut in pluribus actionibus legatorum nomine comparatis. *L. cum filius*, §. *variis. supr. de leg.* 2. Hic autem plane e converso accidit, ut si verum est deberi factum, et id quod interest, plures sint, quæ debeantur; de singulis autem una actio competat, non plures. † Omnino ita probandum est, quoties plures res debebuntur sub disiunctione. quamvis de singulis suæ sint actiones, tamen semper rei electionem esse debere, quid solvat: ut actiones propter res constitutæ, rerum quoque conditionem sequantur. Idque plane consequens et sententiæ Scævolæ, quæ refertur in *d. L.* 2. §. *Scævola*, *supr. de eo quod cer. loc.* cum tamen locum illum et disputationum Scævolæ ad suæ sententiæ confirmationem traducere conentur. Sic enim statuit Scævola, cum illud aut illud promissum est, tandiu promissoris electionem esse debere, utrum solvat, quandiu electione ei data futurum sit, ut saltem unum solvat. Ubi autem futurum est, propter electionem, ut nihil cogatur dare, ibi electionem ejus, esse non debere: ac generaliter ita definit, quid debeat, esse in ejus arbitrio; an debeat non esse. At in proposito utrumvis elegerit promissor sive factum ex una actione, sive id id quod interest ex alia, non ideo futurum est, ut nihil debeat, sed semper hoc modo rem unam debebit, in eamque ipsam ea actione tenebitur, quam in se elegerit. Proinde hic quoque qua actione conveniatur, in potestate ejus esse debebit. † Hac electione posita efficitur, quod supra posui, postquam factum non est, quod fieri stipulemur, unum id quod interest, in obligatione esse; factum autem et id quod interest non esse ne disjunctim quidem: ne incipiat dici esse in potestate promissoris pecuniam non dare: quod eum facere oportere dicimus. Et in summa recte colligemus hoc modo: Si ex stipulatione faciendi cum factum non est, quod debuit, in obligatione est et factum et id quod interest disjunctim, ut debeatur aut factum, aut id quod interest; pecuniam, id est, id quod interest, dari non oportet: non enim necesse est dari id cujus præstationem reus evitare potest aliud præstando, ut hic potest factum eligendo liberari. At pecuniam, seu id quod interest hic dari oportet. Non est igitur utrumque disjunctim in obligatione. Convenit autem utrumque conjunctim non deberi, sed unum ex his dumtaxat. Ex quo efficitur, quod dixi, si pecunia debetur, et eam dari oportet, hanc solam dari oportere. † Quid ergo, in stipulationem faciendi factum omnino non venit, eaque non debetur? Imo vero venit in eam, eaque continetur. Nec aliam significationem habet, quod dicitur stipulationum quasdam in dando esse, quasdam in faciendo. *L.* 2. *supr. eod.* Item, in §. *ult. Instit. eod.* Quod si ex stipulatione faciendi solum pecunia deberetur, non etiam quod fieri promissum est; dici oportuit omnes stipulationis esse in dando, in omnes deduci res, non facta, quoniam hanc ipsam pecuniam satis constet rem esse, quam eandem debere dari dicimus. Sed a principio in stipulationem factum deducitur, tandiuque versatur in obligatione quandiu durat id tempus, quod fieri promissum potuit, quod superioribus sententiis, et verbis stipulationis plane est consentaneum. Quod si intra id tempus factum non erit, transfunditur quodammodo faciendi obligatio in novam obligationem, et pecunia, ejus quod interest æstimatio deberi incipit. Quæ hujus loci definitio est, et *L. si quis ab alio in fin. supr. de re jud.* In quibus cum dicitur pecuniam dari oportere, in pecuniam numeratam condemnationem fieri; utrobique adjicitur hæc conditio, *si non fuerit factum, quod promissum est.* Sed inter istam faciendi obligationem, quæ ab initio est, et pecuniæ obligationem, quam postea sequi dicimus, hoc interest, quod factum per id tempus, quod diximus ita debetur ex stipulatione. ut si tum præstetur, vere dici possit promissum, et debitum fuisse solutum. Cæterum cum effectu non debetur, quia peti non potest; non enim ex stipulatione faciendi prius igi potest, quam præterierit tempus, quo promissum fieri potuit. *L. si ita stipulatus.* 14. *sup. eod.* At pecunia quæ post id tempus deberi incipit, vere debetur, quia et dari eam oportet; quod non aliter fit, quam si et judicio possit exigi. Qua ratione rursum factum est, ut quibusdam in locis, cum definitur, quid stipulatio faciendi contineat, nihil amplius de eo traditum legamus, quam in stipulationem faciendi venire id quod interest; stipulatione faciendi id quod interest, contineri. *L. si poenam, supr. L. quoties quis, infr.* eod. Quippe

hoc solum venit, hoc solum continetur, ut
40 peti possit: illud magis est in præstatione. † Itaque si, quid in obligatione faciendi versetur, certius quærimus: simillima est faciendi stipulatio legato penus, cujus tam erebra est in libris nostris mentio. Nam si ita legatum sit. Heres meus Sejo penum dato; si non dederit, decem dato, sic legatum acceptum est, ut ab initio penus sit in obligatione, idest, sit legata: non tamen ita, ut peti possit, sed ut possit præstari jure legati, et si sine mora soluta sit ab herede, possit ea in legem Falcidiam imputari. Quod si moram interponere heres cœperit in solvenda penu; placet ex eo nec videri legatam, sed tranfusum legatum esse, et decem deberi: ut jam sola peti possint, et si penus deinde soluta sit, liberetur quidem heres, sed ita, ut non videatur Sejus legatom accepisse, nec possit penus in legem Falcidiam imputari. Hæc Paulus apertius, quam alibi in *L. 1. §. item si supr. ad leg. Falc.* nec admodum dissimiliter Ulpianus in *L. 1. supr. de pen. leg.* Hujusmodi est *faciendi* obligatio. A principio factum est in obligatione; et quandiu non præteriit tempus, quo promissum potest fieri, sic licet id facere; ut quod factum erit videatur obligationis jure ut promissum, et ex hac caussa debitum factum esse. Quod si intra id tempus factum non erit, tum evenit, quod hic dicitur: exinde pecuniam dari oportet. Quod declarat idem hic fieri, quod supra in legato penus diximus; nimirum transfundi quodammodo faciendi obligationem, et solam pecuniam deberi. Ut autem intelligatur, quam omni ex parte exemplum conveniat, etiam hoc congruit. Ut enim in superiore legato penus, si statim penus soluta non est, hæc jam non debetur, sed sola decem; attamen placet eam in præstatione esse, habereque heredem obligationem tandiu, quandiu lis cum eo de pecunia contestetur: *d. L. 1. supr. de pe. leg.* sic et in stipulatione facti accidit, ut quamvis cum factum non fuerit, quod promissum est, pecunia debeatur, non factum; tamen factum nihilominus sit in præstatione, habeatque promissor faciendi facultatem, donec lis cum eo contestata sit. *L. si insulam, infr. eod.* Quæ si vera sunt, quid de istarum rerum petitione, condemnatione, præstatione consequens sit, apparet. Nempe hoc, ut quæ in hoc genere de rebus debitis tradita sunt communibus regulis juris, ea statuamus in faciendi obligationibus *de pecunia*, seu eo quod interest: eadem contra *de facto* negemus. Quæ si etiam particulatim singula suis locis probantur, accedet hoc etiam ad superiorum confirmationem; cum omnes partes hujus sententiæ inter se connexæ et consentientes sibi ipsis invicem adstruent fidem. Sic enim ex antecedentibus recte inferemus consequentia, idest, ex obligatione effecta; et contra consequentibus positis, ex his antecedentia colligemus, idest, ex effectis caussam, unde sunt effecta. † Sic ergo 41
de pecunia statuemus. Si quod fieri stipulemur, non fuerit factum, pecunia debetur; pecunia est in obligatione, inquimus. Nempe consequens est, et peti posse: sic enim debetur, si ab initio exigi potest. *L. debitor. infr. de ver. sig.* exigi autem nisi judicio non potest: nec potest judicio sine actione. *L. extat, supr. quod met. cau. L. nihil, supr. prox. tit.* Quod etiam magis exprimitur verbis definitionis, cum dicitur pecuniam dari oportere: non enim necesse est dari, nisi quis cogitur. Una autem cogendi et ita exigendi ratio est jure prodita, ut actionibus experiamur. *d. L. extat.* Atque hæc pars manifestis locis nominatim confirmatur. In *L. 1. supr. de act. em.* ita scriptum est, *si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur*, In L. ult. supra, *si quis in jus voc. non ier.* ita: *cum quis in judicio sisti promiserit, neque adjecerit pœnam, sit status non esset; incerti cum eo agendum esse in id quod interesi, verissimum est.* Quibus in locis observandum est, non dici in id quod interest agi posse, sed agi, et agendum esse: quæ verba necessitatim continent, declarantque, ut ita agatur rem non esse in potestate agentis, sed in necessitate juris positam, si quis quid judicio persequi velit ex faciendi obligatione. Ut autem obligatione ejus quod interest constituta, sequitur actio: ita vice versa hoc posito, in id quod interest, agi posse, satis est argumenti, ex ex faciendi obligatione si factum non sit, quod debuit, id quod interest, non factum deberi: non est enim actio in personam, nisi de eo quod debetur, ut est definitio actionis. *d. L. nihil, supr. prox. tit.* Quod si cum reus non fecit, quod promisit, in id quod interest, agitur; consequens fuit, ut condemnatio quoque Judicis petitioni responderet. *L. ult. C. de fid. lib.* Atque hinc illa rursum de condemnatione hujus judicii propria, veterum definitio, Qui non fecit, quod promisit in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio. in fin. supr. de re jud.* Cur, quæso, in pecuniam numeratam, non *ut, fiat*, condemnatur? Quia pecunia debetur et ut debetur, sic et de ea actio est. Neque porro potest ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas Judicis. *d. L. ult. C. de fid. lib. L. ut fundus, supr. com. divi.* Ita

rursum ex condemnatione ad petitionem ejus quod interest, et ex petitione ad obligationem retroversus pervenitur. Quod si de præstatione promissoris quæritur, certi juris est, cujus rei solutione quisque liberetur, nempe ejus quæ debetur. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Quapropter cum id factum non sit, quod promissum est, statuerimus pecuniam, seu id quod interest *deberi*, atque adeo si hoc verbum non est satis, *dari oportere:* apparet, quid sequatur; eum nimirum, qui promisit se facturum, si non fecerit, ita teneri, ut tamen præstatione ejus quod interest, liberetur; ejusque oblationem eum habere non tantum ante litem contestatam, sed etiam postea; quia litis contestatio quamvis de alia re constituta, non faciat, quominus quod debetur liceat solvere, et ea solutione tollere obligationem juxta regulam juris. Hæc de pecunia, deque eo quod interest, quod ex hoc genere stipulationum deberi dicimus. De facto ipso contraria omnia quippe quod deberi, seu in obligatione esse negamus. Ergo ut fiat, quod promissum est, non agitur: qui a nt dixi, non est actio de eo, quod non debetur, factum autem jam non debetur, postquam ex faciendi stipulatione agi posse cœpit. Cujus rei haud scio, an ullum argumentum possit esse certius, quam id quod traditur in *L. si insulam, infr. eod.* Promiserat quis se insulam facturum, et transierat tempus, quo potuerat facere: si litem secum contestari passus sit, negat Paulus ei prodesse, si ædificet: id est, negat eum ædificando liberari posse. Non ergo factum fuit in obligatione: alioqui etiam quandoque id præstando liberaretur. Neque hic quisquam dicat ideo id fieri, quia insula amplius fieri non possit: nominatim enim definitio concepta est, de eo qui ædificet, sed cui, neget Paulus id prodesse; et prius ostenditur, agi de eo, qui vere ædificet, quod promisit; utpote quem ille dicat facientem liberari, quaodiu litem contestatus non sit. Neque vero quia dicitur reus ante litem contestatam faciendo liberari posse, id argumento est factum antea fuisse in obligatione; non enim ideo faciendo liberatur, quia factum deberetur, sed quia ante litem contestatam potuerit id præstare ad liberationem ex conditione obligationis: ut dici debeat factum etsi in obligatione non est, in præstatione tamen esse: similiter ut peno legata uno statim soluta, sola decem in superiore legato penus deberi diximus, et tamen penum ante litem contestatam esse in præstatione *d. L. 1. de pen. leg.* Quid ergo, non recte aget creditor, si agat in hoc ut reus faciat, quod promisit; et in summa non recte intendet sibi fieri oportere? Si adversus eum, qui fateatur se promisse, sed id quod interest, offerat, non recte. Quia id petat, quod non debeatur, nempe factum; promissor autem id offerat, quod debeat, ejusque rei solutione necesse sit eum jure liberari. Sin agat cum eo, qui simpliciter se nihil debere dicat, defendi potest intentio, ut ejus, qui id agat, ut ea petitione jus suum consequatur. Sed ita accipietur intentio, ut si probetur reum promisisse quid fieri, nihil amplius intelligatur ea contineri, quam id quod stipulatione ex qua agit, continetur: id autem est id quod interest. *L. quoties quis, infr. eod.* Et ideo non faciente promissore, quod promisit, non aliæ erunt partes judicis, quam ut æstimet quanti intersit agentis; et reum in pecuniam numeratam condemnet, uti generalis definitio scripta est in *L. si quis ab alio, in pr. et §. ult supr. de re jud.* et recte. Semper enim probandum est promissorem præstando, quod debuit, liberari: debuit autem id quod interest; factum non debuit. Ex quibus perspicuum est valde errare eos, qui statuunt ex stipulationibus faciendi promissorem ita teneri, ut postulante petitore, omnimodo et præcise cogatur facere, nec liberetur offerendo id quod interest. Nam quomodo cogi potest, ut faciat, a quo ne id quidem judicio peti potest? non enim potest, si non debuit. Porro factum in obligationem non esse effectum est. Illud autem præcise, quomodo potest defendi? Nam si promissor cum non fecit, quod promisit, debuit id quod interest, quomodo non ejus solutione liberetur? Quod si promissor faciendi cogitur præcise, ut faciat; deleamus superiora omnia, quæ diximus, negemusque pecuniam, et id quod interest, stipulatione contineri: negemus id dari oportere: negemus ob eandem caussam in id agi. Nam his positis, qui negat promissorem id quod interest, solvendo liberari; is aut priora illa non recte accipit, aut quid his ex regula juris sit consequens, non videt. ÷ 42
Et illis concessis quid sequatur, plerique vident, ac quatenus illa concedunt, etiam solum id quod interest, deberi, et in id agi fatentur. Sed ipsa illa superiora, pecuniam nimirum dari oportere; id quod interest, venire in stipulationem; et agi in id quod interest, si factum non sit, quod promissum est; hæc, inquam, et similia aliter interpretantur, quam supra fecimus. Volunt enim tunc locum habere, cum et factum non est, quod fieri debuit, et præterea jam id fieri posse desiit. Quod si factum adhuc possit præstari; et absurdum, et iniquum putant non

teneri eum ex stipulatione, ut faciat, qui se factorum promisit. De æquitate et ratione hujus juris dicam paulo post. Nunc quia de jure ipso, quodnam hic veteribus placuerit, prius quæritur. de eo prius dicam et ostendam sic esse veterum de hoc genere sententias, ut simul atque factum non sit, quod promissum est, cum posset: veluti pecuniam seu id quod interest, dari oportere, et in id agendum esse; et in eo aperte nihil referre existiment, utrum promissor possit adhuc fa-
43 cere. quod promisit, an non possit. ÷ Dico eum, qui non fecerit, cum posset, etiam si adhuc possit; tamen ex stipulatione faciendi nihil amplius debere quam pecuniam, et id quod interest. Ad quod probandum unus hic locus quem tractamus, sufficiebat, si æqui Judices esse vellemus. Ut enim supra ostendi, sic definitio est, ut velit in faciendi stipulationibus pecuniam dari oportere sub hac conditione solum, *si quod fieri stipulemur, non fuerit factum.* Quod si in ea definitione hæc etiam conditio intelligenda est, si factum amplius præstari non possit. duo sunt in ea magna peccata veterum, et ejusmodi, quæ in sano scriptore non videantur etiam ferenda. Unum, quod necessaria conditione prætermissa, et ex qua jus pendebat, aliam non modo non necessariam, sed quæ magna ex parte falsam sententiam efficeret, inseruerunt. Alterum. quod definitionem conceperunt de faciendi stipulationibus: quasi hac conditione posita, si jam præstari non possit, quod promissum est, aliud dici debuerit in dandi obligationibus. quam pecuniam dari oportere. *L. in re, supr. de cond. fur.* Sed ne res testimoniis certis et pene exploratis indigeat, declaratur id quod supra posui in *L. si pœnam. supr. eod.* qui promisit se pecuniam crediturum, nihil amplius debet, quam id quod interest: et tamen constat eum non minus posse pecuniam credere, quam eo nomine præstare id quod interest. Declaratur in *L. si quis stipulatus.* **112.** §. *ult. infr. eod.* ubi ita scriptum est, semper in satisdationis stipulationem venire id quod interest. Quid est, *semper*, nisi hoc, promissorem non satisdantem omnimodo teneri, sive ideo non satisdet, quia non possit, sive ideo, quia nolit? Declaratur maxime in *L. si insulam, supr. eod.* ubi proponitur is qui insulam se facturum promiserat, post litem contestatam ædificare velle: et respondetur nihil prodesse ei si ædificet. Poterat igitur ædificare, sed ei hoc facere nihil prodest. Cur? an non quia hoc factum non debuit, sed jam ante stipulatione contineri cœperat id quod interest? *d. L. si pœnam, supr. d. l. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. infr. eod.* Aliuqui insulam ædificando; id est, præstando, quod deberet, quovis tempore liberaretur etiam post litem contestatam. Nam nec sententia aliud efficeret, quam ut solveretur quod debebatur. Et regula juris generalis est, solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem *Inst. quib. mod. tol. obl.* Sed et nominatim post litem contestatam ante rem judicatam solvi posse et satisfieri actori, et eum, qui fecerit, absolvi debere, scriptum est in §. *ult. Inst. de per. et tem. ac.* Declaratur idem in *L. 4. C. de act. em.* ubi injungitur Judici, ut curet in condemnationem deduci, quanti interest emptoris emptionem compleri, idque nominatim adversus eum venditorem, cujus procacia, ut loquitur rescriptum, traditio rei venditæ non fiat. Tunc proprie dicitur procacia, et improbitate seu pervicacia venditoris traditio non fieri, cum is rei tradendæ facultatem habet, et negat se traditurum. Sed prope disertis verbis hæc sententia expressa est in *L. non cogendum*, §. 1. *supr. de proc.* Nam cum Paulus in *L. mutus*, §. *ult. eod.* retulisset Atilicini, et Labeonis sententiam existimantium eum, qui promisisset se absentem judicio defensurum, eoque nomine satisdedisset judicatum solvi, quamvis sine satisdatione defendere non cogeretur, tamen post satisdationem cogendum esse judicium accipere: hanc sententiam postea improbans, Sabini sententiam postea improbans, Sabini sententiam subjicit. quam et sequitur, in *d. L. non cogendum.* Atque ita scribit. eum, qui ita satisdedit judicatum solvi defendendi absentis gratia, non esse cogendum defendere, atque adeo nullas Prætoris partes esse ad eum compellendum, sed solum ex stipulatu ob rem non defensam agi posse: nempe in id quod interest; quam ad rem committitur hæc stipulatio, et prætoriæ similes. *L. 1. §. incertum, L. ult. infr. de præt. stipu. L. si procurator. infr. rem. rat. hab.* et tamen constat in hac specie agi de eo promissore, qui defendere poterat: alioqui stulte quæreretur, an esset cogendus; nec tam imperiti essent veteres illi Atilicinus et Labeo, ut eum dicerent cogendum esse judicium accipere, qui accipere etiam si vellet, non posset. Postremo quid sibi vult in *L. si pœnam, supr. eod.* quod dicitur stipulatio faciendi esse incerta? Utrum stipulationem aliquando esse incertam, aliquando non esse, prout factum præstari adhuc poterit, aut non poterit? Nullo modo, ut opinor: sed cum simpliciter et sine conditione dicatur, sic accipi debet, ut semper sit incerta. Neque hæc conditio intelligetur, si factum amplius præstari non

possit, quæ conditio adjecta non est, et raro solet exsistere, sed hæc erit sententia, sive fieri amplius non possit, quod promissum est, sive adhuc possit, utroque tempore esse incertam. Idque aperte declaratur exemplo stipulationis illic propositæ. Hæc enim stipulatio pecuniam te mihi crediturum spondes? id factum continet quod semper possit a promissore impleri non minus facile, quam præstari ab eo id quod interest. Atqui quod stipulatio faciendi illic dicitur esse incerta, nominatim ob eam caussam talis esse dicitur, quia venit in eam id quod interest. Proinde et per omne tempus id quod interest, in eam venire intelligitur. Ergo et debetur, et debitum peti potest, et promissor id solvendo liberatur. Non est igitur dubitandum, quin quod scripserunt, id quoque senserint veteres Tubero et Celsus, quod hic scriptum legimus: et in universum, quin juris auctores omnes, quorum in supra scriptis locis sententiæ referuntur, perpetua hac regula usi sint in faciendi stipulationibus, ut ubicunque quid fieri stipulemur, in stipulationem veniat id quod interest, seu pecunia, quam ob id dari oporteat et in quam eadem de caussa agatur, hac conditione, si intra id tempus, quo fieri potuit, factum non sit, quod fieri promissum est: hac conditione, inquam, si factum non sit, non etiam si fieri amplius non possit. Nam etsi adhuc possit fieri, tamen postquam præteriit id tempus, quo fieri potuit, statim committi stipulationem in id quod interest; ut deinceps id sit in obligatione, proinde et a stipulatore peti, et a promissore quovis tempore solvi possit ad liberationem; nihil præterea. Sed in hac sententia duo nos impediunt explicatu non admodum expedita; conditio stipulationis seu jus de stipulatione et conventione constitutum; tum ii loci, quibus traditur, eum, qui ad faciendum tenetur, necesse habere id facere. Quæ sunt duo, quæ tam multos in contrariam sententiam moverunt. Sed in primis conditio stipulationis, ad cujus confirmationem potius reliqui loci accedere videntur. Lex et natura stipulationis hæc est, ut si quid promissum sit, id debeatur stipulanti: si promissum non sit, non debeatur. *§. ult. Inst. de obl. ex cons. L. quia tantumdem, supr. de neg. gest.* Secundum hanc dici debuit, si quis quid promisit se facturum, puta rem traditurum, satisdaturum pecuniam crediturum, insulam ædificaturum, hoc ipsum ut fiat, in obligatione esse et deberi, quia promissum est; pecuniam, seu id quod interest, non deberi, quia neutrum est promissum. Ex quo contraria sunt consequentia; illud videlicet tantundem debitum peti posse, et petente debitori necesse esse solvi: hoc neque peti, neque invito creditore solvi posse. Sane si factum desiit posse præstari, pecuniam succedere in ejus locum quam et dare oporteat; sed non ut stipulatione debitam, verum ut eam, quæ præstetur pro re promissa, necessitate rerum ita cogente, quia jam amplius non sit res promissa, quæ præstetur: ut accidit in obligationibus dandi, in quibus etsi res promissa sola est in obligatione, tamen si ea perierit post moram debitoris, æstimatio rei præstanda est, et peti potest. *L. in re, supr. de cond. fur.* Hinc illa sententia neque absurda, neque prima ratione improbabilis, si factum amplius præstari non potest, tum sane pecuniam dari oportere; et in id quod interest agi posse: ante vero solum factum in obligatione esse, quod et verbis in stipulationem deductum erat. Quod cum aliter statuamus, merito quæritur illud, quod in hac sententia supra proposuimus, videndum esse, quo jure quave ratione in faciendi stipulationibus factum in obligatione esse negemus; pecuniæ et ejus quod interest obligationem et eam solam defendamus: de quo prius respondebo. Et fateor de natura et jure stipulationis utrunque verum esse quod dixi, et quod ea promissum sit, deberi: et quod promissum non sit, non deberi: itaque ex his et de facto, et de eo quod interest, judicandum esse. Sed si in faciendi stipulationibus id quod interest, in stipulationem deduci, id quod interest, stipulatione promitti probatur; nempe huic ipsi legi consequens est, vere etiam id ex stipulatione faciendi deberi, et solum deberi. Atqui sententiis veterum notis, quarum aliquot jam supra commemoravimus, ita id testatum est, ut nihil possit esse certius. Huc enim illa referri debent, in stipulationem faciendi venire id quod interest: quæ sententia duobus his locis expressa est. *L. si pœnam, supra, et L. si quis stipulatus, §. ult. infr. eod.* Item, id quod interest, stipulatione contineri. *L. quoties quis, infr.* Quid est venire aliquid in stipulationem? idem, quod in stipulationem deductum esse: neque enim veniret, nisi esset deductum. Itidem ut quod in judicium venire dicitur in *L. solemus, supra, de jud.* id ipsum esse intelligimus, quod dicitur in judicium deduci in *L. ut fundus. supra, com. divid. L. unica, C. de lit. cont.* Quid rursum stipulatione continetur? an non id solum, quod stipulatione est comprehensum, id est, promissum? nam et in stipulatione dandi, hoc ipsum ut res detur, quia stipulatione promissum est, etiam stipulatione contineri

dicitur in *L. ubi*, §. *ult. infra eod.* Non aliam significationem habet, quomodo in §. *ult. Inst. eod.* id quod interest nominatur quantitas stipulationis. Ideo enim enim sic dicitur, quia hanc quantitatem habet, hanc continet stipulatio; nec continet, nisi quia prius in eam deducta est, non utique a lege, ut hic Bartolus nulla auctoritate, nulla ratione nixus affirmat, sed a contrahentibus. A quibus enim stipulatio est? a lege, an a contrahentibus? haud dubie a contrahentibus, non a lege. Hæc autem obligatio ex stipulatione est, in quam venit, et qua continetur. A contrahentibus est igitur, non lege inducitur. Obligatio a lege induci potest citra conventionem, ut æstimationis obligatio, cum res post culpam debitoris periit: sed extrinsecus hoc contingit, non ex stipulatione: certe obligationem a lege in stipulationem deduci, cum stipulatio conficiatur contrahentium consenso, et inauditum et absurdum est. Quid, si nec extrinsecus in negotiis privatorum obligatio ulla inducitur lege, nisi in consentientes? huc enim pertinet illud Pedii, in *L.* 1. §. 1 *supr. de pact.* nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem. Et vero certæ sunt et constitutæ caussæ Jure Civili, ex quibus ut quæque nascitur obligatio, ita quidque debetur: in quibus non est legis auctoritas sine conventione, ubi de re privatorum, et eorum contractu agitur *L. obligamur. supr. prox. tit.* Quo posito adversus hæc omnia, quæ contra dici solent, parata defensio est. Æquum est, ajunt, cum quis quid se facturum promisit, fidem et conventionem servari. *L.* 1. *supr. de pact.* Nos adjicimus amplius etiam Jure Civili cogi promissorem, ut præstet propter stipulationem: §. *de constituta. Inst. de act.* Sed dicimus tunc maxime servari fidem, cum præstatur pecunia: quandoquidem hæc in stipulationem deducta est, si non fieret, quod fieri promissum est. Addunt actione in personam peti non posse, quod non debetur. *L. nihil. supr. prox. tit.* Recte: sed petitur id quod debetur, cum ex obligationibus faciendi agitur in id quod interest; hoc enim promissum est, hoc stipulatione continetur. Adjiciunt item et illud, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. *L.* 2. §. 1. *supr. si cert. pet.* Dicemus promissorem facti non solvere aliud, quam debet, cum præstat id quod interest: hoc enim debuit ex stipulatione, quia in stipulationem deductum erat. Ut jam si quis roget, quo jure dicamus in faciendi stipulationibus deberi, et peti posse id, quod interest, recte responsuri simus jure stipulationis, eodem illo nimirum quo et res aliæ in stipulationem deductæ Jure C[illegible]i ex stipulatione debentur et inde peti possunt. *Inst. eod. in pr.* §. *de constituta, Inst. de act.* † Et si quidem constet id quod 44 interest, in stipulationem faciendi, deduci, et quod idem est, promitti verbis stipulationis, res, puto, dubitationem non habeat. Sed hoc illud est, in quo hæsitatur: nam quomodo hic promittitur id, quod interest, cum appareat solum hoc comprehendi verbis, ut quid fiat; pecuniæ autem et ejus quod interest, nullam fieri mentionem? Neque enim satis est ad rem expediendam, si quis hic pro omni ratione affert auctoritatem juris, et dicat ita placuisse, ita jus scriptum esse, juxta *L. non omnium, supr. de legib. L. prospexit, supr. qui et a quibus.* Ut enim quis dederit hic jus constitui de eo quod interest ex stipulatione faciendi præstando: tamen tandiu in jure auctoritas juris pro ratione valere debet, quandiu id jus alio jure manifesto non oppugnetur. Atqui quod dicitur in stipulatione faciendi contineri id quod interest non tam aliis partibus juris, quam natura ipsa rei refelli videtur. Agitur enim de stipulatione. Hanc certi juris est non nisi verbis confici, atque adeo talem esse, ut quod in ea palam verbis expressum non sit, omissum habeatur. *L. quidquid, infr. eod.* Quid, quod cum dicitur in stipulationem venire, seu stipulatione contineri id quod interest, nihil hic juris statuitur? Non enim præcipitur, ut ex faciendi stipulationibus debeatur, præsteturque id quod interest: quod sine manifesta conventione lege effici posset, dum cavetur, ut pro una re alia præstetur, quæcunque ratio id fieri suaderet. Sed ne stipulatione et eo quod jam factum est, affirmatur aliquid, quod ut est rei gestæ conditio, perspicue falsum videtur. Dicitur enim in stipulationem faciendi deduci id quod intest, in ea promitti id quod interest. Quod et falsum est, et ut verum sit, nulla auctoritas scribentis potest efficere: si stipulari aliquid est, de eo nominatim interrogare; et promittere est, verbis spondere; hic autem nullum verbum est de pecunia et eo quod interest. Quapropter nihil agitur in hac re, auctoritate, nisi ostendimus vere dici, et stipulationi convenienter, ubi quid fieri stipulemur, ibi id quod interest, in stipulationem venire, idemque stipulatione promitti. At quomodo id probabitur: inquam, ubi constat verbis ne appellatum quidem esse id quod interest? Illud vero quomodo videtur posse defendi factum ipsum non venisse in stipulationem, eoque inde non deberi, de quo verbis stipu-

45 lationis tam aperte cautum sit? † Et intelligendum est facti verbo duo contineri, actum ipsum, et effectum facti, ut duobus locis indicat Papinianus, *L. si venditor, supr. de ser. exp. L. 4. supr. de usur.* Actus est, quod fit: effectus, utilitas quæ ex facto percipitur: ea est autem, id quod interest nostra aliquid fieri, ut supra ostendi. Alterum exprimitur verbo aperte: alterum vi et potestate verbi continetur. Est enim effectus facti cum facto tanquam cum sua caussa ita conjunctus, ut facto posito continuo hic sequatur. Siquidem ergo cum quid fieri stipulamur, veluti, rem tradi, insulam ædificari, in facti verbo nihil amplius spectamus quam id quod verbum aperte exprimit, id est, actum ipsum, seu factum nudum sejunctum ab effectu suo; non potest, fateor, aliud dici, quam horum utrumque, quod supra metuebatur, et factum nimirum stipulatione contineri, et id quod interest, non contineri, non promitti; quia re vera aliud sit factum, aliud nostra interest: cum possit quid fieri, ut tamen nostra non intersit, id est, ut factum stipulanti nullam utilitatem afferat. Sed vero faciendi verbo etiam effectus continetur, et hic effectus est, utilitas facti seu id quod interest: fatendum est etiam id quod interest, in faciendi obligationibus verbis stipulationis contineri, verbis
46 in stipulationem venire. † Non obstat, quod exigitur, ut quidquid stipulatione caveri volumus, id palam verbis exprimatur. *d. quidquid. infr. eod.* non enim exigitur his verbis ut nominatim, et specialiter exprimatur. Alioqui si promitteretur totum, non continerentur partes; si promitteretur hereditas, non continerentur singulæ res hereditariæ: si peculium, non continerentur res peculiares: et si quid obscure scriptum esset, nihil valeret, nec spectaremus, quod esset actum. Sed hoc exigitur tantum, ut ad rem demonstrandam de qua cautum volumus, adhibeantur verba, quibus res indicetur. Itaque non demonstretur quovis modo, non nutu, non digito, aut alia quavis demonstratione sine verbis: sed exprimatur, id est, comprehendatur verbis. Idque fiat palam, id est, ita, ut verba exaudiri possint, *L. heredes. sup. qui test. fac. pos.* cæterum exprimi et comprehendi verbis intelligitur res, quocunque modo ex verbis palam prolatis intelligi potest, sive ea aperte significetur verbo, sive vi et potestate verbi contineatur. Continetur igitur, ut dixi, verbis stipulationis faciendi etiam id quod interest, ut si de verbis stipulationis tantum quæritur, nihil hic de ii ad hujus rei obligationem. Sed continetur iisdem verbis et factum et quidem multo magis: continetur enim non per interpretationem et ratiocinationem, sed recta, et aperte, significatione ipsa verbi nominatim factum exprimente: de quo tamen supra ita scripsimus, ut negaremus id in stipulationem seu obligationem venire. Hoc declarat aliud hic nobis spectandum esse, quam verba, quod et verum est: mens nimirum et sententia contrahentium hic præterea consulenda est, ut sive in utramque rem ex superioribus duabus concurret consensus, ut eam contrahentes in stipulatum deductam velint, sive in alteram dumtaxat, ea vere dicatur venire in stipulationem, de qua cum verbis etiam voluntas consentiat. Conficitur enim verbis stipulatio: sed constat etiam consensu: sine quo nihil in stipulationem deductum valet, aut deberi potest. *L. inter, §. 1. L. continuus. §. 1. infr. eod.* † 47
Quod si quæritur, quid de his rebus sentiant contrahentes in faciendi stipulationibus, spero, constabit hanc esse in hoc genere eorum sententiam, ut factum in stipulationem deductum nolint, quo id debeatur, sed solum velint id quod interest. Id ex fine stipulationis, et natura rerum intelligitur. Finis hic est omni stipulationi propositus, ut per eam acquirat quisque aliquid, quod habeat; et in summa ut acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, sup. eod.* Cui propositio conveniens est, ut si quis quid stipuletur verbis, quod sit, et haberi possit, id etiam re vera stipulari intelligatur, nequidquam aliud. Sin id quod verbis exprimitur, nihil sit, tum id nec videatur quisquam stipulari, quod juxta finem omnibus in stipulando propositum acquirere et habere non possit. Jam cujusmodi res sit omne factum, consideremus. Plane aut nihil, aut certe non res, quæ consistat vel per se, vel in re alia tanquam subiecto, sive naturam species, qua consistunt res omnes corporales; sive jus, quo consistere dicuntur res incorporales. *Tit. Inst. de reb. corp. et inc.* Itaque non ea res, quæ haberi possit, aut acquiri, factum enim prius quam quid fiat non esse constat: postquam editum est, statim evanescit. Proinde nemo ut quid fiat stipulando, hoc animo est, ut factum ipsum stipuletur, quod acquirere non potest: sed ut si quid inde consequi potest, id stipuletur. Ea porro est utilitas cujusque facti quod in stipulatum deductum est: atque hæc utilitas id quod interest stipulantis id fieri, de quo cautum est. Ita fit quod quæritur, ut in stipulationibus faciendi id quod interest ex sententia contrahentium in stipulationem veniat; factum non veniat. Sed demus facta esse aliquid. Tamen hoc convenit non esse ejusmodi, ut semper intersit stipulantis id

fieri, quod promissum est, aut si interest, ut intersit eodem modo. Alius nihil interest: alias interest, sed interdum pluris, interdum minoris. *L. si qu s ab alio, supr. de re jud. L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. infr. eod.* quod pro varietate factorum contingit. Unde quatenus cujusque intersit, dicitur in facto consistere, non in jure. *L. quatenus, infr. de reg jur.* Hoc de conditione factorum intellecto, ex superiore fine et hac natura factorum jam multo apertius, quam supra, demonstrari potest, et natura stipulationis faciendi, et sententia contrahentium contineri, ne factum unquam debeatur, ut peti possit, sed solum id quod interest. Etenim cum dicimus stipulationem omnem faciendi huc spectare, ut acquirat sibi quisque quod sua interest id fieri, omnino hoc dicitur, id agi, et hanc conditionem esse stipulationis, ut si nihil intersit, nihil præstetur: si quid intersit, tamen hactenus teneat stipulatio, quatenus interest, neque amplius: ut ita quod intersit in faciendi obligationibus modum faciat obligationi. Idque veterum juris auctorum sententiæ aperte confirmant, nam si nihil intersit stipulantis, placet inutilem stipulationem esse. *L. stipulatio ista*, §. *alteri. supr. eod.* ubi autem interest, ibi quanti intersit, esse æstimandum. *d. L. si quis ab. de re jud. d. L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. infr. eod.* At utroque casu hoc evenit, ut factum non debeatur, nec sit in obligatione. Tum quidem cum stipulantis nihil interest, manifestum est; nam si stipulatio est inutilis, ex ea nihil deberi potest, eoque ne factum quidem; itaque qui promissorem faciendi ad faciendum præcise cogi volunt, saltem hac parte admoneantur, ne hoc tunc defendant, cum stipulatis nihil intererit. Quod si ejus intersit; tamen ne sic quidem ista stipulationis lege constituta, quam diximus, aliud potest deberi, aut præstari quo stipulatori satisfiat, quam id quod interest. Postquam enim tacita conventione stipulationis hoc agitur, ut stipulator acquirat quod sua interest id fieri, da quo cautum est, hicque unus finis est stipulationis, ultra quem nec stipulatio jure progredi potest: apparet ex sententia contrahentium, et stipulationis lege id solum deberi, quo soluto huic fini et conventioni satisfieri potest: id est, quo stipulator id ipsum potest consequi quod sua interest; et ita consequi, ut nihil etiam præterea absit eo nomine promissori. Atqui hoc ita consequimur, si æstimatur quanti intersit stipulantis, et quantum id erit, tanta pecunia ei præstatur. Sic enim fit, ut et hoc habeat stipulator quod quærebat ex stipulatione, et promissor nihil præstet amplius. Facti vero præstatione huic fini satisfieri nullo modo potest. Ex quo intelligitur constra sententiam contrahentium esse id ex hac stipulatione deberi, aut, exigi posse. Finge enim minoris interesse stipulantis, quam quantum facti præstatio promissori ablatura sit: eo quidem præstito satisfiet stipulatori: sed cum injuria promissoris, et contra stipulationis conventionem ac finem, si quidem id ab eo exigatur. Plus enim cogetur præstare, quam stipulatori debebatur; nempe quam stipulatoris interest. Finge e converso pluris ejus interesse, quam quanti factum nunc est, aut constat promissori: nisi id præstat promissor ante moram aut litem contestatam, non præstat quod ex sine stipulationis stipulator consequi debuit: unde et facientem non liberari scriptum est in *L. si insulam, infr. eod.* Quod si et ejus quod promissori faciendo aberit, et ejus quod stipulatoris interest, par erit æstimatio; tamen hoc plus erit in facto, quod molestia faciendi exhibebitur invito non necessaria, quæ vel hoc nomine ab eo exigenda non est, quod eam illi imponi nihil stipulatori prosit, dum consequatur aliter utilitatem facti, reo autem noceat. Et ut nihil sit aliud: tamen si cum pluris interest, id debetur, potestque ab invito exigi, recte dicetur par esse, ut si minoris intersit, eo quoque stipulator contentus esse debeat: atque adeo par nihil aliud hac quoque parte deberi. Postremo si certius aliquid quærimus, id habemus, quod omni dubitationi opponamus. Si tunc ut fiat id de quo cautum est, ex stipulationis lege agi non potest, cum stipulantis nihil interest; est in potestate promissoris semper efficere, ne factum debeat, aut præstare cogatur. Quippe est in ejus præstare, ne stipulantis intersit, nimirum id ipsum quod ejus interest, ei præstando. Hæc, ut arbitror, dilucide probant, cum et factum et id quod interest, secundum verba deducantur in stipulationem faciendi, et quidem factum magis: tamen sententia contrahentium non factum videri deduci, sed solum id quod interest. Quod si in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id solum quod volumus. *L. 3. supr. de reb. dub.* Placetque ob eam caussam in omnibus contractibus, etiam stipulationibus sequendum esse, quod actum est, idest, voluntatem contrahentium et sententiam. *L. semper in stipulationib. infr. de reg. jur. L. eum qui. supr. eod.* consequens est simpliciter recte dici in stipulationem faciendi venire id quod interest, factum nequaquam Prius tradiderunt diserte veteres de facto nihil addiderunt. *d. L. si pœnam, supr. d. L. si quis stipulatus*. 112. §. *ult. L. quoties*

quis. infr. eod. Sed non dubium est, quin qui ita definierunt in stipulationem faciendi id quod interest, venire, hac stipulatione id quod interest, contineri; hoc idem senserit, solum id quod interest venire et contineri: factum non item. Nam cum de eo quæreretur, quid in hoc genus veniret, quid eo contineretur, superiora responderunt. Non erat caussa, cur responderent potius de eo, quod interest, quam de facto, si et
48 factum veniret una cum eo, quod interest. † Sed cum constet dandi quoque stipulationes inventas esse, ut acquirat unusquisque, quod sua interest, similiter ut faciendi: *L. stipulatio ista. §. alteri, supr. eod.* cur non eadem dicamus etiam in has venire, his contineri id quod interest: quia quod verbis aperte deductum est in stipulationem, tamdiu et voluisse contrahentes id deduci, et inde deberi credendum est, et significationi verborum standum, quandiu non manifeste probetur eos aliud sensisse, *Arg. L. non aliter. sup. de leg. 3. L. 1. §. licet, ver. in re igitur. supr. de exer. act.* Nihil autem in stipulationibus dandi proponitur, cur non contrahentes ut rem stipulati sunt verbis, ita maxime et hanc deberi et præstari velint. Quod contra fit in stipulationibus faciendi, cum de facto quæritur. In his cur de facto præstando non videantur sensisse contrahentes, quamvis hoc ipsum verbis expresserint, hæ erant caussæ. Primum quia factum non sit res, quæ consistat, quamcumque ob id stipulator possit acquirere; cum tamen stipulatione id agatur, ut sibi acquirat. Deinde quia fieri id de quo cautum est, non semper intersit stipulantis, ac supra quam ejus interest, nihil ei debeatur. In hac stipulatione, fundum dari, et similibus utrumque contra. Hic enim deducitur in stipulationem non ipse quæ pleno jure a stipulatore habeatur. Unde in hoc genus stipulationis dicuntur res deduci, ut in alterum facta. *§. ult. Inst. eod.* Res sunt ejusmodi, quæ consistant vel natura, ut corporales, vel jure, ut incorporales, veluti servitutes. *Inst. de reb. cue. et inc.* proinde tales, quæ ut vult stipulator, ita ei acquiri possint. Huc accedit, quod rem promissam dari semper stipulantis interest, et interest semper ad eundem modum: tanti videlicet, quanti res valet, quod ex iis omnibus commodis, quæ res afferre solet, æstimaret. Hoc neque pluris interest stipulatoris, neque minoris: nam et ille re accepta, eam totam et quidquid est in ea, pleno jure habiturus est ut dominus; et hac ipsa de caussa nihil habiturus est amplius. Quod eo spectat, ut intelligatur non esse metuendum, ne dum stipulator rem promissam petet, videatur plus petere quam sua intersit contra finem stipulationi propositum; aut dum promissor hanc offeret, ne videatur minus præstare, quam stipulatis interest. Satis ostendisse videor, quam vere dictum sit a veteribus in faciendi stipulationem solum venire pecuniam numeratam, seu id quod interest: ut proinde id sit, quod hinc dari oporteat, ac si solum debeatur, ne peti quidem possit aliud, puta factum; tantum abest, ut ad faciendum promissor præcise cogi possit. In quo ut sententia veterum de obligatione stipulationum faciendi exposita est, ita de ratione et æquitate ejus sententiæ respondimus: † Restat, ut de locis et sententiis 49
quæ contrariæ putantur, breviter etiam respondeamus: sunt autem hæc præcipua. Opponitur nobis rei vindicatio; in qua ut jubentur possessor victus rem de qua controversia est, restituere, ita si habet ejus restituendæ facultatem, sic cogitur, ut auferatur etiam ei res manu militari. *L. qui restituere, supr. de rei vind.* Item restitutio ejus operis, quod adversus nunciationem factum est, de quo ita agitur, si actor velit, ut opus ipsum destruatur. *L. Prætor, in pr. L. stipulatio, §. sive, supr. de op. no. nunc.* Etsi autem hic dici potest agi de his factis, quæ lege ipsa imponuntur iis, qui ante ad ea obligati non essent, eoque imponuntur non ex contrahentium sententia, qui nulli sunt, sed prout legi in istis caussis faciendum esse visum esse: tamen volo has præstiones sic accipi, quasi ex obligationis caussa ab adversario exigerentur. Etiam si quis hoc concesserit; tamen hæ duæ species non modo nihil officiunt superiori sententiæ sed etiam adversarios maxime confutant. Quod enim in his caussis placuit eum, cum quo agitur præcise cogi facere quod petitur, propria et singulari ratione constitutum est; ideo non est producendum ad consequentias. *L. quod vero, supr. de legib.* Quinimo cum in his exceptiones quædam sint publici juris: necesse est, exceptiones in contrariam sententiam regulam confirment. Nam in rei vindicatione ideo cogitur possessor rem omnino restituere; quia esset omnium indignissimum rem suam domino anferri, et eam apud prædonem manere, cum transferendi ad dominum potestas esset. *L. 2. supr. de iis qui sunt sui vel al. jur. L. in fundo, supr. de rei vind. L. si servos, supr. de pig. act.* Neque vero eum Magistratus aut Judex rem auferet possessori, et domino restituet, periculum est, ne videatur facere, quod ei jure non liceat, hæc enim translatio

nihil juris in dominum transfert: ut quis dicat non potuisse id jus ab eo tranferri, qui ipse non habuit: sed transfert solum detentionem facitque, ut qui prius rem non tenebat, nunc teneat; quod privatus quivis potuit efficere quamvis iniuria possessorem nimirum deiiciendo, et possessionem alicui velit, tradendo. Etsi autem hæc exsecutio in privato vis, et iniuria est, in Magistratu tamen jus est, dum vim infert jure honoris, et potestatis, quam sustinet *L.* 3. *supr. de eo quod met. caus.* Nihil simile in actionibus in personam. quibus agitur adversus eos, qui nobis obligati sunt. Primum in his agitur de re aliena, idest, ea, quæ debitoris sit, non actoris: alioqui frustra intenderet actor sibi dare oportere; §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Deinde id agitur judicio, ut dominium, aut caussa bonorum in actorem transferatur. Quod Magistratus facere non potuit, cum non sit dominus; ac juxta regulam juris nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habuit. *L. nemo plus*, *infr. de reg. jur.* Quod attinet ad restitutionem ejus operis, quod adversus nunciationem factum est; non mirum, si Prætor id jubet destrui, idque ipsum exsequitur extra ordinem; nam id pertinet ad vindicandam auctoritatem et imperium Magistratus: constat enim quod adversus nunciationem factum est, contra interdictum Prætoris factum videri, ut scribitur in *d. L. Prætor, de op. no. nunc.* Affertur hue etiam, quod de defensione procuratoris scriptum est in *L. sed et eæ.* §. *ult. supr. de proc:* Sic enim illic traditur: procuratorem actoris dominum ex edicto defendere, debere: in hac defensione non satis esse, si prius quam ad agendum alieno nomine admittatur, satisdet se judicatum soluturum, si de eo quod mutuo a domino petitur, condemnatus erit; sed etiam re ipsa eum in ea lite dominorum defendere debere: idest, non sufficere ob rem non defensam stipulationem committi, sed omnimodo compelli judicium accipere. Quod movere nos non debet; nam primum illic procurator nihil promisit; nos autem de faciendi obligationibus agimus. Tum autem non compellitur procurator ne in hac quidem specie præcise dominum defendere; nam pœna non defendentis procuratoris hæc tantum est, ut denegetur ei actio. *L. mutus.* §. *pœna*, *supr. de proc.* ut consequens sit illum non agendo evitare necessitatem defensionis. Sed plerique, ut in faciendi obligationibus facti obligationem et petitionem, ejusque præstandi absolutam necessitatem defendant, præcipue moventur verbis §. *aliæ autem*, *Inst. de donat.* sic verba sunt Justiniani; *et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas* (de donationibus loquitur, de quibus donator voluntatem suam declaravit) *etiam in se habere necessitatem traditionis voluit.* Quibus aperte ostendit venditorem in obligatione empti ita obligari ad rem tradendam, ut necesse habeat rem tradere: ex quo illi colligi volunt, venditorem præcise cogi, ut tradat (1) Non recte: nam et sub titulo *de edendo* crebro dicitur argentarius compelli ad editionem rationum, compelli et cogi edere: quod quodammodo plus est, quam necesse habere. *L. Prætor*, §. *ult. L. si quis ex* §. 1. *supr. de eden.* et tamen alibi sub eodem titulo scribitur, si quis rationes non edidit, eum decerneretur a Præture, adversus eum locum habere actionem in id, quod tum interfuit agentis rationes edi. *L. ubi*, *eod.* Et ne discedamus ab emptione, traditum est in *L. ex empto*, *in princip. de act. em.* venditorem rem tradere oportere: quod nihil aliud declarat, quam venditorem necesse habere rem tradere: et tamen in eadem *L.* in §. *idem ait non tradentem* scriptum est diserte *non tradentem venditorem quanti intersit, condemnari.* Unde intelligimus, quod dicitur necesse habere venditorem rem tradere, sic accipi debere, nisi velit condemnari: (2) necessitas hic intelligatur ea quam alii vocant necessitatem consequentiæ: Cicero *Lib.* 2. *de Inventione*, necessitatem cum adiectione. Et vero hanc sententiam Justiniani esse in *d.* §. *aliæ autem.* Ut venditor rem tradere necesse habeat, aut alioqui solvere id quod interest, ipse de se optimus est testis in *L. contractus.* illic, *adeo, ut nec C. de fid. inst.* qui de emptione ex professo agens, et hanc necessitatem cum-

(1) Imo sequitur, quia verba *ad Exemplum* convincunt eandem esse necessitatem in donatione quæ in venditione. At in illa est absoluta, ut et fatetur Gœd. *d. C.* 9. *n.* 68 Quin sicut ex. gr. inconveniens est plus tribuere actioni utili quam directæ, ad cujus exemplum illa introducta, ita et plus esse obligationis in emptione, ratione traditionis. Deinde facit vox *etiam* in *d.* §. 2. Quin absurdum est strictius conveniri donatorem ex liberalitate sua, quam venditorem ex contractu et caussa emptori onerosa.

(2) Sed ibi innuitur utriusque necessitas, non alternative sed successive. Si copia tradendi, necessitas est, *perficere contractum* eumque præstare. Sin ea desit, *id quod interest ei persolvere.*

memorans, nominatim illam cum ea disiunctione, quam modo dixi, posuit. Ad extremum obiici posse scio etiam illa, quibus significatur factum esse in obligatione itidem, ut rem, eum rem dari stipulamur: cujusmodi sunt hæc, stipulationum quasdam esse in dando, quasdam in faciendo; *L. 2. supr. eod.* Item in stipulationem non solum res deduci, sed etiam facta §. *ult. Inst. eod.* item quod nominatur faciendi obligationes, L. *si quis ab alio, in fin. supr. de re jud.* De his jam supra dixi, ita ea scripta videri, ut declarent etiam factum ex stipulatione quandoque deberi, eum quid fieri stipulamur. Nam si ex faciendi stipulatione nihil deberetur, nisi pecunia quam dari oportet, dicendum esset omnes stipulationes esse in dando, in omnes deduci res; sed nec recte ulla diceretur faciendi obligatio: cum omnes dandi essent. Sed ostendi hæc omnia ex initio stipulationis dicta esse: re vera enim deducuntur in stipulationem a principio facta, quo tempore et factum in stipulatione versari et faciendi obligatio non male dicitur. Quod si cum fieri posset, quod promissum est factum non sit; ducui pluribus exinde pecuniam deberi ex sententia contrahentium jure quodam novationis. Obstare tamen videbitur hodie saltem huic sententiæ constituto Justiniani de novatione: qua cautum est, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties contrahentes nominatim remiserint priorem obligationem, et se posteriorem elegisse expresserint. *L. ult. C. de novat. §. præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* quod non fit in ista prioris obligationis faciendi in sequentem pecuniæ obligationem transfusione; Sed Justinianus de iis obligationibus loquitur, ex quibus veteres novationem introducebant; his enim verbis utitur in *d. L.* ult. *non erat autem veteribus novatio, nisi cum duæ caussæ erant, duo diversi contractus, ex quibus posterior erat stipulatio, qua novandi animo interponebatur. L. 1. infr. de novat. et d. §. præterea, quib. mod. tol. obl.* De duabus igitur stipulationibus diversis, aut de duobus contractibus, ex quibus posterior sit stipulatio novans, loquitur Justinianus; in faciendi autem stipulatione de qua agimus, unam stipulationem esse apparet: in qua hæc sententia contrahentium esse intelligitur, ut quandiu durat id tempus, quo per rerum naturam præstari potest, tandiu recte ex obligatione præstetur: hoc tempore transactio deinceps debeatur, quod stipulantis interest id suo tempore factum esse. Itaque non proprie hic novatio est; sed species quædam et instar novationis.

Quod si quis dixerit in stipulationibus faciendi nihil amplius jam a principio venire in stipulationem, quam pecuniam, quæ debeatur sub conditione, si factum non erit, quod promissum est; et obiectionem istam de novatione sine aperto consensu non introducenda sine ulla dubitatione effugiet, et fortasse non erraverit. Nam quod dicitur in stipulationem faciendi deduci non rem, sed factum. *d. §. ult. Inst. eod.* Item stipulationes has esse in faciendo, non in dando: *d. L. 2. supr.* dici potest nihil horum significare factum ex stipulatione deberi: deducitur enim factum in stipulationem, quia deducitur verbis: cæterum sententia deducitur id quod interest: unde et id quod interest dicitur venire in stipulationem. *L. si pœnam, supr.* Dicitur item et stipulatio esse in faciendo, quia verbis ita concepta est, ut quid fiat: cæterum re vera et hæc in eo est, ut quid detur, nimirum pecunia; sed longe alio modo, quam eæ, in quibus recta et conceptione ipsa verborum res aliqua dari promittitur: quæ caussa fuit ista genera distinguendi. In dandi namque stipulationibus res certa continetur, quæ dari debeat: in stipulationibus faciendi res incerta, nempe id quod interest. Eodemque modo faciendi obligationem, quæ nominatur in *d. L. si quis ab alio, in fin.* accipiemus eam, non qua quis obligatus est ad faciendum, sed qua verbis comprehensum est, ut fiat aliquid: tametsi verborum exitus et sententia hæc sit, ut præstetur id quod interest, ut eodem illo loco, in quo nominantur faciendi obligationes, declaratur, idest, *L. si quis ab alio, in fin.* Sed hæc non insubtiliter dici possunt, dum cavere volumus, ne obligatione facti ab initio admissa eandemque deinde in pecuniæ obligationem commutata, genus aliquod novationis videatur induci contra Justiniani constitutionem quæ est de novatione: quod periculum si hic non metuimus, ut ostendimus metuendum non esse, melius est et tutius in priore sententia manere. Quod ad rem ipsam attinet, utrum diramus factum ab initio tantum deberi, idque solum per id tempus, quo per naturam præstari potest, an vero nullo modo deberi, in jure habendi, aut persecutionis nihil omnino interest. Etsi enim maxime statuerimus ab initio ita deberi, ut diximus; est tamen id ad persequendum, multoque magis ad obtinendum factum inutile; eum antequam præterierit id tempus, quo promissum fieri potuit, agi non possit: *d. L. 14. supr. eod.* finito eo tempore factum in obligatione esse desinit, et pecunia seu id quod interest, incipit, deberi. Sit igitur rata

hæc sententia, cum quid fieri promissum est, sive promissor non poterit facere, sive nolet, nihil venire in obligationem, ut quidem jure ab invito peti possit, nisi id quod interest: sic tamen, ut si promissor malit facere, quod promisit, sit et facultas, modo faciat ante litem contestatam. *L. si insulam, infr. eod.*

Ideoque in hoc genere dividi stipulationem; secundum quæ Celsus ait posse dici juxta æstimationem facti dandam esse petitionem.)

50 † Constituta superiore sententia veterum, in faciendi stipulationem cujuscunque modi sit, venire solum id quod interest, solum hoc deberi, quod quidem peti possit, ac proinde pecuniam numeratam; quale sit, quod deinceps de divisione stipulationum hujus generis colligit Ulpianus, facile intelligi potest. Consequens esse ait, in hoc genere dividi stipulationem. Recte: pecuniam enim natura divisionem recipere certum est. Prius autem posuerat stipulationes dividi; aut non dividi, ut sunt res quæ in stipulationem deducuntur. Denique quantitatis stipulationem partis præstationem recipere inter omnes convenit. *L. 2. supr. eod. L. 9. §. 1. infr. de sol.* Quod in hoc genere debetur pecunia, et ob id stipulatio dividitur, recte hic quoque colligit secundum hæc duo dici posse juxta æstimationem facti dandam esse petitionem.

51 † Quibus verbis non tantum significat, quod faciendum esse supra docuimus, quia scilicet pecunia et æstimatio facti debetur, ideo ad eam rem petitionem dandam esse: sed etiam hoc præcipue complectitur, quod ad divisionem stipulationis pertinet, de qua propositum illi est dicere, petitionem dandam esse secundum æstimationem facti, idest, ita ut æstimationi facti, et pecuniæ convenit: quod fiet hoc modo, si eum promissor decesserit pluribus heredibus relictis, ut de divisione obligationis et actionis inter eos quærendum sit, petitio dividatur, deturque adversus singulos pro portionibus hereditariis: sic enim dividitur obligatio inter heredes lege duodecim tabularum, quoties stipulatio divisionem recipit. *L. heredes. §. an ea, §. contra, supr. fa. erc.* Factum hic positum est, pro ea re, quam factum continet, seu quam factum secum affert, idest, pro utilitate ipsa, quæ ex facto capitur, quæ est id quod interest, ut supra quoque monui. Æstimatur hæc utilitas; quia cum non faciente promissore amissa sit, ita fieri necesse est, si eam sarciri volumus.

52 † Legendum est autem, *juxta æstimationem*, ut in aliis exemplaribus, non ut in Pandectis Florentinis, *justa æstimatione*. Nam dare actionem juxta, vel secundum æstimationem, scimus quid sit: dare autem petitionem *justa æstimatione*, ut sit secundum justam æstimationem, vel pro justa æstimatione inauditum est. † Interim hæc sententia est, quam diligenter tenere oportet, etiam facti individui stipulationes divisionem recipere inter heredes pro portionibus hereditariis, cum ad petitionem ejus, quod inde debetur, ventum est. Debetur enim id quod interest, quod in pecunia numerata consistit; pecunia autem divisionem recipit. 53

† Quid ergo inter facti dividui, et individui stipulationes interest? 54
cum de pecuniæ exactione agitur, nihil: cum de facti præstatione, plurimum. Nam cum utriusque generis commune sit, ut promissor facere possit, quod promisit, eoque facto liberetur usque ad litem contestatam, hoc distant, quod ex facti dividui stipulatione unusquisque heredum promissoris pro portione hereditaria faciendo liberatur, ut facti dividui obligatio etiam inter heredes lege duodecim tabularum divisa est: ex facti autem individui stipulatione non potest liberari heredum quisquam, nisi in solidum fecerit, quod promissum est, quia et facti natura indivisa est. *L. cum ex causa infr. eod.* Atque hinc illa sunt, quæ de ipsius facti præstatione solida tam multis locis legimus, in quam sententiam sunt hæc: promissori, heredique ejus pro parte neque restitutionem neque defensionem contingere posse. *L. 4. in fin. supr. eod. L. si duo, supr. depo.* Item, unumquemque heredum venditoris subsistere in caussa evictionis, et emptorem defendere debere. *L. in executione, §. in solidum, L. cum ex caussa infr. eod.* Item, heredibus opus facere jussis unumquemque heredem in solidum teneri; ut faciat. *L. 11. §. pen. supr. de leg.* 3. Sed hæc ita sunt, inquam, cum heredes potestate faciendi sibi concessa uti volentes ita affecti sunt, ut cupiant facere promissum, itaque liberari, ne cessatione sua incidant in id quod stipulatoris interest. Sic enim defertur eis conditio, quam natura rei exigit, ut solidum faciant: aliter nihil proficitur. Non utique quod si pro parte posset factum id præstari, non audirentur; sed quia pro parte non potest prohibente facti natura, quæ ut est expositum, indivisa est. Quod si heredes promissum non faciant, sive quod cessent omnes in totum, sive quod quibusdam defugientibus aut cessantibus alii facere parati sint, sed pro parte tantum, non in solidum: hic existit illa stipulationis divisio, de qua dicimus, quam nec stipulator,

si velit, possit evitare, ut singuli heredes non nisi pro portione hereditaria teneantur. Non enim ne ut faciant quidem, adversus eos actio est, ut docuimus; tantum abest, ut in solidum facere cogi possint. Ubi autem non fit, quod promissum est, nec de eo alia est actio, nihil relinquitur, nisi pecunia, quam ex obligatione dari oporteat, ut hujus loci definitio est: ac pecuniæ obligationem inter heredes lege dividi constat. Videamus tamen, ne hic quædam nobis adversentur; sunt enim quidam loci, quorum alii in hoc genere necessitatem absolutam faciendi ab unoquoque herede exigere videntur; alii ita permittunt heredibus facti æstimationem, ut tamen solidam etiam ab uno exigant; de
55 his ergo videamus. † Et prioris generis unus locus est maxime insignis in *L.* 11. §. *pen. supr. de legat.* 3. cujus hæc verba sunt: *si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri Divus Marcus, et Lucius Verus Proculæ rescripserunt.* Tempus tamen coheredi præstituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum. Post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam coheredi sumptum pro parte ejus. Ergo et in statua, et in servitute, cæterisque quæ divisionem non recipiunt, idem Divus Marcus rescripsit. Quæ verba si uti simpliciter, et sine ulla exceptione scripta videntur, ita etiam accipimus; aperte illam divisionem stipulationis facti individui, quam statuimus, hic locus repudiat. Nisi forte putamus aliud juris esse, cum testator jussit heredes suos aliquid quod individuum sit, facere; aliud cum in hujus facti a defuncto suscepti obligationem succedunt, quod non ita est. Non enim magis individuum fit aliquid, quia injungitur a testatore, nec aliter obligantur heredes ex legati caussa, aliter ex obligatione defuncti, si utrobique in obligationem eadem res deducitur: sed hæc et in legato, et in aliis caussis obligationis hereditariæ caussa est, quod heres contrahere videtur cum creditoribus cum adit hereditatem, aut ei se immiscet. §. *heres, Inst. de obl. quæ ex qua. cont. L.* 3. §. *ult. et seq. supr. quib. ex caus. in poss. ea.* Ne testator quidem cum aliquid omnibus injungit, magis vult unum heredem id præstare, quam alterum; idque superiore rescripto satis declaratur, in quo ita volunt Imperatores Proculam solam opus facere, ut tamen dicant illam coheredi imputaturam esse sumptum pro parte. Adde, quod cur velint Imperatores unumquemque heredem in solidum teneri, hanc rationem Ulpianus reddit, quod res divisionem non recipiat; sic enim in universum postea subjicit: *ergo et in statua, et in servitutibus, cæterisque, quæ divisionem non recipiunt, idem Divus Marcus rescripsit.* Nihil igitur hic diversum est ab ea obligatione faciendi, quæ a defuncto nata in heredem proficiscitur; neque adeo hoc loco ista defensione opus est. Satis enim intelligitur ex verbis superioris rescripti agi de ea Procula, quæ vellet facere, ac faciendo liberari. Apparet ex eo, quod petebat sibi tempus præstitui, intra quod coheredi denunciaret, excitaretque eum ad operam et sumptum in commune opus conferendum. Præterea et ex eo, quod post id tempus datur etiam ei spatium ad opus faciendum; nec prius cum ea utiliter Imperatores agi volunt, quasi nondum præteriisset id tempus, quo opus injunctum fieri recte posset, juxta *L.* 14. *supr. eod.* Non mirum vero si intra id tempus solam Proculam facere voluerunt Imperatores; non enim fuit aliud, quod statuerent adversus eam, quæ nondum justo tempore ad opus faciendum transacto in pecuniam numeratam non posset conveniri, aut condemnari. At si Procula ne intra hoc quidem tempus opus faceret, dubitari non debet, quin heredes non tantum cæteri, qui nihil fecissent, sed etiam Procula, quamvis in partem operis sumptum contulisset, inciperent ex illo omnes teneri in id quod civitatis interest, juxta regulam reliquarum *faciendi* obligationum hoc loco traditam, et in *L. si quis ab alio, supr. de re jud.* Neque id negatur superiore rescripto, postquam agitur de ea, quæ faciendo vellet liberari: nam divisio stipulationis ad eos solum pertinet, qui non faciunt, quod promissum est: propterea quod non cadit divisio, nisi in pecuniam numeratam; et hanc ex definitione hujus loci ita dari oportet, si factum non sit, quod quis fieri stipulatus est. Sed ut nihil aliud illic scriptum esset, quam ad opus faciendum unumquemque heredem in solidum teneri: tamen hoc ita accipi deberet, si vellet heres faciendo liberari. † Nam primum generaliter teneri 56
oportebit, ubicunque dicitur ex aliqua caussa reum cogi facere, compelli ad faciendum, necesse habere facere; illic necessitatem non debere accipi absolutam, sed cum hac conditione, nisi velit teneri in id quod actoris interest: ut supra docui cum respondi de necessitate rei tradendæ, quam Justinianus venditori impositam scribit. Et certo in rescripto superiore alia necessitas intelligi non potest. Faciamus enim Proculam nolle facere; quomodo cogetur? non potest ne natura quidem. Sed nec ulla cogendi ra-

tio est jure prodita, ut pluribus ostendi ad *d. L. si quis ab alio*; ubi et hoc argumentum, quid veniat in obligationem faciendi, non indilegenter tractavimus. Deinde animadvertendum est, in eo rescripto nihil dici de operis effectione; quod non item dicatur de rei restitutione, deque defensione, quæ præstanda est a venditoris heredibus in *L. 4. §. ult. supr. et L. cum ex caussa. infr. eod.* Nam in *L. 4.* scriptum est absolute neque restitutionem, neque defensionem pro parte contingere posse heredibus: et si aliquid apertius quærimus, adiicitur etiam in *L. cum ex caussa*, unumquemque heredum defendere in solidum debere. Atqui de defensione hoc temperamentum adiici scimus, ut si vel unus defugiat, nec emptor in solidum defendatur, sic teneantur omnes, ut unicuique pro parte hereditaria præstatio iniungatur: *d. L. cum ex caussa, in fin. L. in exsecutione, §. in solidum, infr. eod.* Idque et in restitutione rei depositæ scriptum est in *L. si duo, in fin. supr. dep.* Et cur non idem dicamus in hoc genere stipulationum, quæ in faciendo sunt, quod in illis quæ versantur in non faciendo, veluti per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat? Hic si unus ex heredibus promissoris contra stipulationem fecerit, committitur quidem stipulatio in solidum adversus omnes; quia in re indivisa pro parte peccari non potuit: sed ita ut non teneantur singuli, nisi pro portione hereditaria. *L. 4. §. Cato, supr. eod.* Par est, ut cum stipulatio in eo erit, ut quid fiat, si heredes in solido faciendo cessaverint, committatur quidem stipulatio in solidum, sic tamen ne amplius teneantur singuli, quam pro parte sua; non enim profecto gravius delictum est ejus, qui cessat, quam qui ultro vim aut iniu-
57 riam facit. ✝ Posterioris generis locus est in *L. 3. §. heres, supr. com.* In quo ita scriptum est: heres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, convenitur: nisi forte habuit facultatem totius rei restituendæ, nec faciat. Tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc bonæ fidei judicio conveniat. Quod dicit Ulpianus eum, qui habet facultatem totius rei restituendæ, condemnari in solidum, his verbis, *in solidum*, solidam æstimationem intelligit, quanti ea res est, seu quanti interest actoris rem restitui; nam de ipsius rei restitutione si agatur, in solidum tenentur singuli, ut rem restituant, sive habeant rei restituendæ facultatem, sive non habeant; non enim potest res nisi pro solido restitui *L. si duo, supr. depo.* Ita hoc loco declaratur eum, qui restituere debuit, ut si velit restituere, non nisi in solidum restituendo liberetur, ita si non restituat, etiam in pecuniam numeratam in solidum eo nomine condemnari. Idemque responsum est in omnibus caussis, ex quibus adversus defunctum ad rem restituendam, aut ad edendum, exhibendumve agi potuit, si unus ex heredibus ejus rem, de qua agitur possideat. *L. 2. §. incertam, infr. de præt. stip. L. actione, §. antep. sup. pro soc. L. si unus. §. 1. sup. de eden.* Quod et verum est: sed nihil ad hunc locum. Cum enim dicimus in faciendi obligationibus, cum factum non est, quod debuit, singulos heredes teneri in pecuniam numeratam pro parte hereditaria, tunc locum habet, cum conveniuntur ut heredes, puta ex obligatione hereditaria. Porro qui ideo convenitur heres, quia possidet, non convenitur in solidum ut heres, sed ut possessor, neque in ex obligatione hereditaria, sed sua et ex facto suo; condemnatur enim ideo, quia per contumaciam non restituit id, quod potest. Proinde merito facti sui, et contumaciæ solus pœnam sustinet; idque maxime bonæ fidei judiciis, et arbitrariis convenit. Non his tantum locis, de quibus dixi, impugnatur ea stipulationis
divisio, de qua dicimus; ✝ sed eodem etiam 58
confertur exemplum servitutum: quæ cum natura divisionem non recipiant fit etiam, ut si via promissa sit, et promissor decesserit pluribus heredibus relictis placeat ab unoquoque solidum servitutem peti posse. *L. viæ. supr. de ser.* Sed res progreditur longius; placet enim nisi omnes viam constituerint per fundum communem, eum cum quo actum est, etiam in solidum servitutis æstimationem condemnari. *L. 2. §. ex his. vers. sed quo casu. supr. eod.* Cur non in factis quæ initio hujus capitis proposita sunt, idem dixerimus, cum et natura indivisa sint, itidem ut servitutes, et cum servitutibus comparentur ab Ulpiano cum hoc loco, tum multo clarius in *d. L. 11. §. pen. supr. de leg. 3.*? Et sine dubio servitutum et factorum præstationis inter se comparantur recte, sunt enim æque indivisæ; non enim magis factis individuis promissis quid fieri pro parte potest ab uno ex heredibus, quam servitutes promissæ præstari pro parte. Sed non recte comparantur istarum rerum stipulationes: de his autem agitur. Nam in servitute promissa, ipsa servitus in stipulationem venit, res natura individua: quam ideo a singulis heredibus solidam deberi necesse est. Quod si servitute non data eo

res deducetur, ut præstanda sit æstimatio, etsi hæc dividua est, non facit tamen ea res dividuam stipulationem: quoniam hæc non ut debita, sed pro re quæ debita est, præstatur. Quo fit, ut tantum præstari oporteat, quanta est ea res, pro qua præstatur: fuit autem solida servitus, quæ exigitur ab unoquoque heredum: proinde et servitute, non data, solidam æstimationem eo nomine præstari convenit. At in stipulationem facti quamvis individui non factum in stipulationem venit, ut prius veniebat servitus: sed pecunia numerata, res aperte dividua natura, quæ cum præstabitur, non pro alia re debita præstabitur, sed ut ea, quæ debeatur sola et principaliter. Non mirum, si hic dividatur stipulatio in præstatione et exactione ejus rei, quæ ut ipsa per se dividua est, ita ex obligatione præstatur.

Ad §. *Si quis ita stipulatus sit.*

Si quis ita stipulatus sit: *Si ante Kalendas Martias primas opus perfectum non erit: tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari?* diem promissionis cedere non ex quo locatum est opus, sed post Kalendas Martias: quia nec conveniri ante Kalendas Martias reus promittendi poterat.

Hæc pars exposita est in *L. in illa.* 8. *supr. eod.*

Ad §. *Plane si insulam.*

Plane si *insulam fulciri* quis stipulatus sit non est expectandum ut insula ruat, (ut) sic denique agi possit: nec *insulam fieri*, ut tantum temporis prætereat, quanto insula fabricari possit, sed ubi jam cœperit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur, diesque obligationis cedit.

Hæc altera, in *L. si ita stipulatus,* 14. *supr. eod.*

Ad L. *Interdum.* 73.

Paulus *lib. XXIV.* ad Edictum.

Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit: veluti si id quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præstari potest. Sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit: tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest. Item si operas a liberto quis stipulatus sit: non ante dies earum cedit, quam indictæ fuerint, nec sint præstitæ. Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit; quasi conditionem habeat. Idem est et in servo ejus qui apud hostes est.

SUMMARIA.

1. *Faciendi stipulatione quando committantur.*
2. *Tempus, quo per rerum naturam quid fieri potest, unde cedat.*
3. *Ex mora nunquam nasci stipulationem; sed fine mora ex sola stipulatione.*
4. *Interpellatio in faciendi obligationibus, ad quid, et quibus in rebus necessaria sit.*

Initium hujus loci, *et* §. 1 exposui ad
1 *L. eum, qui Calendis*, §. *ult. supr. eod.* † Obiter illa verba notanda sunt de faciendi stipulationibus, quando hæ committantur: *aut domum, inquit Paulus, ædificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præstari potest:* adversus eos, qui in operis faciendi stipulationibus veluti insulam, balneum, theatrum ædificari, fossam fodi, et similibus, ut ex stipulatione agi possit, existimant præcedere debere interpellationem stipulantis. In L. 14. *supr. eod.* Celsi sententia de hoc genere ita concepta est, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset, quo insula ædificari posset; ex quo satis intelligebatur, cum id tempus præteriisset, statim agi posse, arg. in *L. 1. vers. ejusque, supr. de off. ejus, cui man. est jur.* Nunc autem ne opus sit in re certa argumentari, id hoc loco expressum est. *Tunc incipit actio* inquit, cum insula *per rerum naturam præ-*
2 *stari potest.* † Sed alicunde hoc tempus cedere oportet, quo per rerum naturam quid fieri potest. Unde igitur cedet? Ex interpellatione, inquient. Imo ex stipulatione, ut diserte scriptum est de operis certis et fabrilibus in *L. quoties, supr. de op. lib.* at certe ut ibidem scriptum est peti non possunt certæ operæ promissæ, nisi sint præteritæ: quia etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis. Solum hoc operarum incertarum et officialium, quas patronus a liberto stipulator proprium esse traditur, ut ne confestim cedant, sed tunc cum eas poposcerit patronus, tunc cum fuerint indictæ, *L. eum patronus, dict. L. quoties, in fin. supr. de op. lib.* Ergo qui promisit se opus aliquod facturum, si intra tempus, quo natura fieri potuit, non fecit, citra aliam interpellationem, statim tenetur, et cum eo statim agi potest. At enim mora non fit sine interpellatione. *L. mora. supr. de usur.* quasi hoc quidquam ad rem pertineat. Scio, quo modo hoc alii tentent expedire; concedunt ita esse: sed addunt satis in proposito interpellatum videri promissorem adiecto die. *L. magnam, C. de cont. stip.* Quippe hic diem tacite inesse, cujus lapsu non minus mora fiat, quam si aperte adiectus esset: negant eandem vim esse illi, qui interpellationem adhiberi volunt. Ex quo apparet hoc ambigui solum inter eos, an hic interpellatione nova opus sit ad moram faciendam: cæterum in eo consentire omnes, in proposito non committi stipulationem, nisi prius mora a promissore operis facta sit. At quamobrem, aut unde sumptam hanc

sententiam hic sibi obiiciunt? excutiamus
3 species stipulationum omnes: † ita jus esse reperiemus, ut nunquam ex mora nascatur obligatio, sed sine mora ex sola stipulatione. Quod pure promissum est, et statim debetur, et statim peti potest. §. *omnis*, *Inst. eod.* Proinde et sine ulla mora promissoris, et sane quod debetur, non eo minus debetur, quia id stipulator non petit, et non est molestus debitori: cum actio, quæ jure creditori competit, sit non in petitione sed in petendi et persequendi potestate. *L. nihil. supr. proc. tit* Quod promissum est in diem, etsi ante diem non potest peti, debetur tamen, et statim ejus obligationis dies cedit. §. *in diem*, *Instit. eod. L. centesimis, supr. eod.* Cumque dies venit, etsi mora sit ipso diei lapsu, non eo tamen statim agi potest, quia mora facta sit; sed quia hæc lex sit stipulationis, ut tunc primum agere liceret. Quod sub conditione promittitur, ut ante quam conditio extiterit, non debetur; sic cum extiterit, et debetur, et statim peti posse incipit, non minus, quam si ab initio obligatio pure contracta esset. *d. L. cedere, infr. de verb. sig. L. si pupillus, supr. de cond. inst.* In quo nemo dixerit moram a debitore fieri, ut ita debeat: cum nec ante mora fieri potuerit in eo, quod per id tempus peti ab eo non potuit; *L. nulla, infr. de reg. jur.* nec tunc, cum conditio existit, cum sæpe ignoret promissor eam extitisse, eoque nullam caussam habeat, cur sciat se debere; sæpe rem in potestate non habeat, neque se ad eam præstandam antea compararare potuerit, ut qui de conditionis eventu nihil potuerit divinare, juxta *L. quod te supr. si cert. pet.* Ut omittam nullum in conditione diem statui ad solvendum, quo non adiectio sine interpellatione mora non fit. *L. mora. supr. de usur.* de quo plura ad *L. quoties in diem, supr. eod.* Sic ergo res habet: insulæ aut cujusvis operis stipulatio diem habet, quo opus fieri potest per rerum naturam: proinde hoc præterito statim tenetur promissor, et statim cum eo agi potest sine alia interpellatione. §. *in diem*, *Inst. eod.* Nec metuemus, hoc dicimus, ne videamur statuere eum teneri, quamvis moram non fecerit: nihil enim periculi est, quominus id statuamus, cum ut agi promissore possit, non sit necesse moram ab eo fieri, nec ex mora obligatio aut actio nascatur: et quamvis in hoc genere requiremus moram, ut cum promissore agi posset, tamen ad eam efficiendam interpellatio ante diem esset inutilis: quoniam ante non potuit a promissore p ti t nulla est autem mora, ubi nulla petitio est. *L. si pupillus, infr. eod. d. L. nulla. infr. de reg. jur.* † Sane interdum in obligationibus faciendi interpellari 4
promissorem necesse est; non tamen ut moram faciat, sed ut inde cedat faciendi tempus, quod ante non cederet: quod placuit in operis incertis et officialibus patrono promissis; quæ non prius cedunt, quam a patrono fuerint indictæ, idest, quam patronus eas proposcerit. *L. cum patronus. L. quoties. in fin. supr. de op. lib.* Sed tantum abest, ut exemplum ad alias operas, et alia omnia facta debeat transferri, ut utroque in loco superiore distinguantur ex professo hæ operæ ab aliis; et nominatim in *L. cum patronus*, adiiciatur aliud esse de operis quas patronus stipulatur, aliud de cæteris rebus ob eas caussas. quæ illis locis redduntur. Operarum tamen officialium stipulationi similes esse illa faciendi stipulationes esse non male dicemus, quibus quid fieri cautum est. quod sit in eo ut traditur, et conferatur stipulatori. Cum autem id contineant, quod sine recenti voluntate, et sive novo facto, puta acceptione stipulatoris præstari a promissore non possit; videtur id actum esse, ne prius præstatio cederet, quam de ea voluntate stipulator significaverit promissorem interpellando, ut faciat, quod promisit; quemadmodum in operis. *d. L. quoties. in fin.* Et ideo stipulatio collationis. quæ exigitur ab eo, qui bona sua fratribus conferre debet, dicitur tunc committi, cum interpellatus cum alio spatio, quo conferre potuit, non facit. *L. si quis filium*. §. *ult. supr. de coll. bon.* Non utique quia exigatur hæc interpellatio, ut per eam mora fiat, quæ ut ex stipulatione agi possit, non est necessaria; sed ut per eam exsistat conditio, quæ tacite stipulationi inesse videbatur; scilicet ut cum sine voluntate stipulatoris conferri non debeat, hæc collatio tunc cedat, cum stipulator voluntatem declaraverit; quod fit interpellatione. Nec temere est, quod eam stipulationem conditionem habere dicimus. Non enim committitur, nisi quæ fuit sub conditione, et quidem tunc, cum conditio. exsistit, §. *sub condɪtione, Inst. eod.* committi autem eam scriptum est in *d. L. si quis filium*. §. *ult.*

Ad §. *Stichi promissor.*

Stichi promissor post moram offerendo, purgat moram. Certe enim doli mali exceptio nocebit ei qui pecuniam oblatam accipere noluit.

De purgatione moræ, quæ attingitur hoc loco, cognosce plenius ex *L. si servum.* §. *sequitur. infr. eod.*

Ad L. *Stipulationum quædam.* 74.

Cajus *libro VIII.* ad Edictum Provinciale.

Stipulationum quædam certæ sunt, quædam incertæ.

Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale: quantumque sit: ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus tritici, Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphoræ centum.

Ad L. *Ubi autem.* 75.

Ulpianus *libro XXII.* ad Edictum.

Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione incertum esse stipulationem dicendum est. Ergo si qui fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem.

Usque adeo, ut si quis ita stipulatus sit, *Tritici Africani boni modios centum, vini Campani boni amphoras centum?* incertum videatur stipulari: quia bono melius inveniri potest, quo fit ut boni appellatio non sit certæ rei significativa: cum id quod bono melius sit, ipsum quoque bonum sit. At cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet, quæ res efficit ut ea appellatio certi significativa sit.

Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit: incertum intelligitur in obligationem deduxisse: hoc enim magis jure utimur.

Illud dubitationem recepit, si quis id quod ex Arethusa ancilla natum erit, aut fructus qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit: an certum stipulatus videatur. Sed ipsa natura manifestissimum est, incerti esse hanc stipulationem.

Sed qui vinum, aut oleum, vel triticum quod in horreo est, stipulatur: certum stipulari intelligitur. Qui vero a Titio ita stipulatur, *Quod mihi Sejus debet, dare spondes?* et qui ita stipulatur: *Quod ex testamento mihi debes, dare spondes?* incertum in obligationem deduci: licet Sejus certum debeat, vel ex testamento certum debeatur: quamvis istæ species vix separari possint ab ea quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico quod in horreo repositum est. Et adhuc occurrit, quod fidejussores certum videntur promittere, si modo et is pro quo obligentur, certum debeat: cum alioquin ita interrogentur, *Id fide tua esse jubes?*

Qui id quod in faciendo, aut non faciendo, stipulatur: incertum stipulari videtur. In faciendo, veluti fossam fodiri, domum ædificari, vacuam possessionem tradi. In non faciendo, veluti per te non fieri quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat: per te non fieri quo minus mihi hominem Erotem habere liceat.

Qui *illud aut illud* stipulatur, veluti decem, vel hominem Stichum: utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quæritur, nam et res certæ designantur, et utra earum potius præstanda sit, in incerto est. Sed utcunque, is qui sibi electionem constituit adjectis his verbis *utrum ego velim*: potest videri certum stipulatus cum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum, intendere sibi dari oportere. Qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.

Qui sortem stipulatur, et usuras quascunque: certum et incertum stipulatus videtur: et tot stipulationes sunt, quot res sunt.

SUMMARIA.

1. *Ex stipulatione duas esse jure distinctas actiones.*
2. *Quæstionis de certa et incerta stipulatione, occasio et usus.*
3. *Certæ et incertæ stipulationis definitio.*
4. *Certum, Incertum, quid.*
5. *Certitudo aut incertitudo cujusque rei unde æstimetur.*
6. *Res quæ natura sua certæ aut incertæ sint, unde intelligatur.*
7. *Facti stipulatio omnis incerta.*
8. *Ususfructus incertus. et n. 12.*
9. *Hereditas est res certa.*
10. *Obligatio et actio an res incertæ.*
11. *Servitutes prædiorum.*
13. *Usus, habitatio, ut et ususfructus, res incertæ.*
14. *Res corporales futuræ, ut fructus, usuræ quatenus sint incertæ.*
15. *Res corporales præsentes omnes natura sua certæ.*
16. *Pronunciationis certitudo in iis, quæ ex sua specie, non quantitate æstimantur, duabus rebus constat, et n. 18.*
17. *Generaliter hominem stipulatus, qua ratione incertum in stipulationem deduxisse intelligatur.*
19. *Species quomodo demonstretur.*
20. *Quantitas, id est, res pondere, numero, mensura constantes, quomodo pronunciatione certæ fiant, et quatenus sint incertæ. n. 22.*
21. *Generaliter promissis corporibus, quæ quantitate non constant, cur stipulatio dicatur incerta, cum generalis rerum, quæ pondere, numero, mensurave constant, stipulatio sit certa.*

1 Stipulatione contracta, si quis non facit, quod promisit, prima ut in aliis omnibus caussis ad persecutionem juris nostri quæstio est, quæ inde actio sit, qua recte experiamur. Hanc non unam esse placuit ex omnibus stipulationibus, sed duplicem, aliam tamen atque aliam prout stipulationes certæ sunt, aut incertæ, ut esse certum est initio: *L. stipulationibus*, traditur. Nam ex stipulatione certa certi condictio datur; ex incerta actio ex stipulatu, ut scriptum est; *Inst. eod. tit. in princ.* quæ ita jure distinctæ sunt actiones, ut Ulpianus in *L. si quis certum, supr. si certi pet.* scribat, si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem eum non habere: sed illa condicticia actione id persequendi debere, per quam certum petitur. Scio id aliis locis negari videri, ut *L. prædia, supr. de act. em. L. si pacto, C. de pact. L. inter. §. qui rem, infr. eod.* sed ut videatur, verbi ambiguitas facit; quæ cujusmodi sit, et quæ vis sit hujus adiectionis, ex stipulatu, non est hujus loci, ut dicatur; ostendi ut in loco ad *d. L. si quis certum*: sed pluribus ad *L. si pacto. C. de pact.* Interim hoc constat quod est apud Justinianum in principio ejusdem Tit. ex stipulatione duas esse actiones; condictionem certi, si certa sit stipulatio, et ex stipu-
2 latu, si incerta sit. † Non dubium, quin certæ et incertæ stipulationis, item certæ et incertæ rei quæstio, quæ his capitibus tractatur, nata sit ex hac occasione: nam et sub Titulo, *si certum petetur*, cum edicto generali proposita esset certi condictio, uti delinitum est in *L. certi*. Certi condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petitur; ita simul quod necesse fuit, addita est certi definitio in *L. certum*. Atqui quæ ex stipulatione certi condictio est, non alia est condictio, quam quæ illic proponitur; nec dubito, quin illo edicto etsi caussæ omnes appellatæ non sint, ex quibus condictio daretur, tamen nominatim comprehensum fuerit de mutuo et stipulatione, de quo scripsi ad *d. L. certi*. Recte Duarenus monet etsi a formulis agendi discesserimus; tamen prodesse ad actionem recte instituendam, nosse quæ sit certa aut incerta stipulatio, nisi enim incerta stipulatio erit, nunquam incerta petitio admittitur; postulat id æquitas editionis, quæ huc spectat, ut edita actione sciat reus cedere, an contendere debeat, et si contendendum putat, veniat instructus cognita actione, qua conveniatur. *L. 1. supr. de ed. L. edita, C. eod.* Plane si quis hominem stipulatus sit, vel hominem aut aureos decem, idest, incertum; ibi non modo recipitur eadem, idest, incerta petitio, sed etiam ita stipulatorem agere, ut stipulatus est. necessitas stipulationis cogit: ne aliter petendo plus petat, et hoc modo injuriam faciat promissori: *§. huic autem, et §. seq. Inst. de act.* cæterum ex stipulatione certa semper certum dici debet: alioqui non recte agitur. Et generaliter præcipitur in *d. §. huic autem, in fin.* eodem modo agi debere, quo quis stipulatus est. Quod Bartolus ait, de certa et incerta stipulatione etiam ob id quæri, quia incertæ stipulationes, quæ ex incerto eventu pendent, simul etiam dilationem habent. *L. interdum. supr.* ut sic sciatur, quæ capiant dilationem, verum non est. Etsi enim stipulationes fructuum, et similium ut sunt incertæ, ita et dilationem in se habent: non ideo tamen habent, quia sunt incertæ; sed quia conditio rerum promissarum talis est; ut nisi tempus natura constitutum intercesserit, existere non possint: prius autem quam cœperint in rerum natura esse, nec possint, nec debeant præstari: alioqui dicendum erit quæcunque incertæ sunt, eadem ratione dilationem habere. Habemus quærendi occasionem, et simul propositæ divisionis de certis et incertis stipulationibus usum. Quæ certæ, et incertæ stipulationis definitio sit
his locis exposita, videamus. † Et quod de 3
dividuis et individuis stipulationibus traditur in *L. stipulationes non dividuntur, supr. eod.* hoc idem de stipulationibus certis et incertis hic statui principio intelligendum est, judicari nimirum certas et incertas ex iis rebus, quæ in stipulatum deductæ sunt. Itaque certam stipulationem esse, quæ certum continet: incertam, quæ incertum. Hinc est, quod Cajus in *L. stipulationum*, cum proposuisset divisionem stipulationum in certas et incertas, omissa alia definitione certæ stipulationis, statim definivit, quid esset certum: indicans in definitione certi positam esse certæ stipulationis definitionem. Ulpianus autem in *L. ubi, seq. in pr.* aperte eam incertam stipulationem esse definit, qua incertum continetur. Qua ratione quæ stipulatio hic dicitur certa, aut incerta, recte alicubi appellatur certi vel incerti stipulatio, ut *L. scire, C. de contrah. stip.* eodem plane sensu. Itaque huc res redit, ut quæratur, quid sit certum, quid incertum. Quod in utroque hoc capite a Cajo et Ulpiano
factum videmus. † *Certum est*, loquit Cajus, 4
quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid quale, quantumve sit. Incertum contra Ulpiano, ubi id non apparet. *d. L. ubi, in pr.* Sed hoc etiam obscurum; quæretur enim amplius, quando id ex pronunciatione ap-

pareat, quando non appareat; neque id ut quæque stipulatio proposita est, continuo expeditum est. Atque hinc disputatio Ulpiani fusior de hoc genere, in *L. ubi:* qui quod obscurius in genere dictum erat, quid certum sit, quid incertum, id particulatim explicat, et propositis generibus variis eorum, quæ in stipulationem deduci solent, in singulis quando alterutrum accidat, docet. Quod autem generibus his inter se collatis, et expensis cujusque rationibus ad superioris quæstionis explicationem ex tota ea tractatione colligere possumus, et quod si ea tractatio non esset, vera ratio præcipiendum
5 esse ostendit, hoc est: † certitudinem aut incertitudinem cujusque rei æstimandam esse aut ex natura rei, aut ex rei pronunciatione; quasdam enim res natura esse incertas, ut nulla pronunciatione certe fieri possint; quasdam certas natura sua, sed pronunciatione incidere in incertitudinem, dum non ita exprimuntur, ut ex pronunciatione appareat id quod sunt natura, idest, quæ, quales, quantæve sint; Ergo ex alterutra harum rerum incertitudinem contingere cujusque rei; in qua autem re utrumque concurrit, ut et natura certa sit, et certa pronunciatio, hanc esse certam, quia tum appareat id, quod quærimus. Hoc sentire Ulpianum ex his maxime generibus licet intelligere: cum enim agit de fructibus promissis, quod ex fundo nascentur, ait ipsa natura manifestissimum esse incerti esse hanc stipulationem. §. *illud:* de illa autem stipulatione agens, *illud aut illud dabis*, significat hanc pronunciatione sola incertam esse, non natura rerum, quia, inquit, *certæ res designantur, at utra earum potius præstanda sit*, propter disjunctionem in *incerto est*. §. qui illud. Quo intellecto recte atque ordine faciemus, et ad omnem certæ et incertæ tum rei, tum stipulationis quæstionem utiliter, si cognoverimus primum, quæ res natura certæ sint, aut incertæ; tum si natura certæ reperientur, quæ pronunciatio rei rem incertam faciat; qua vitata non dubitemus certam pronunciationem esse dicere. † Quæ res natura sua
6 certæ sint, aut incertæ, intelligetur, si notatis generibus rerum, quæ in stipulationem deduci solent, dixerimus, quæ sit natura cujusque. quæ genera ob hanc caussam maxime persecutus esse videtur hoc loco Ulpianus. Eorum fere hæc est summa. Quæ in stipulatum deducuntur, aut res sunt, aut facta, ut est in §. *ult. Inst. eod.* Res partim corporales, ut fundus, Stichus, decem aurei: partim incorporales, ut hereditas ususfructus, prædiorum servitutes. *Tit. Instit. de reb. corp. et incor.* corporales partim futuræ, ut fructus; partim præsentes, et quæ jam sunt in rerum natura. † Facti stipulatio omnis Ul- 7
piano incertum continet, sive stipulemur, ut quid fiat, sive ut ne quid fiat. *L. ubi*, §. *qui id quod.* Non utique ob id tantum, quod prius quam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si fit, incertum quale sit: sed multo magis, quia in stipulationem venit id quod interest: cujus quantitas est incerta. *L. si pœnam, supr. eod.* Atque hoc in *d. L. si pœnam*, traditum est de stipulationibus, quæ in faciendo sunt: de quo et illic diximus, et plura ad *L. stipulationes non. vers. Celsus, supr.* De iis quæ sunt in non faciendo, dubitari non debet, ut quæ nunquam aliter committantur, quam si quid factum sit contra, quam cautum est, *L.* 2. §. *pen. L.* 4. §. *Cato supr. eod.* Ejus autem quod jam factum est, nomine nihil peti potest. nisi id quod ob id factum abest stipulatori. id est, id quod ejus interest contra factum non fuisse: nam ut factum revocetur, stulte ageretur, cum facta infecta fieri non possint. Ita fit non tam jure, quam natura, ut hujusmodi stipulationes committantur in id quod interest. *L. si procurator, infr. rem rat. hab.* Sive ergo in hoc genus factum venire placet: etsi apparet, quod factum, veluti insulæ ædificandæ, non tamen apparet, quale sit aut quantum, cum id ex utilitate æstimetur, quæ est incerta; sive placet potius, id quod jus est, venire id quod interest, non apparet quantum deducatur, etiam si pecuniam venire, et qualis pecunia sit, intelligamus: proinde utroque modo continetur stipulatione incertum ex definitione. Res, ut dixi, aut corporales, aut incorporales. Res incorporales quidam putant in universum incertas esse: quod longe aliter se habere mihi videtur. † Usumfructum quidem in 8
hoc genere commemorat Ulpianus, quem et incertum esse dicit: sed non omnes res incorporales sunt hujusmodi: quinimo paucis exceptis cæteræ omnes certæ sunt non minus, quam corporales. Incorporales quæ eædem in jure consistunt, sunt hæ, hereditas, obligationes, actiones, ususfructus, et reliquæ servitutes tam personarum, quam rerum. † 9
Hereditas, quæ continet quod defunctus habuit cum moritur, *L. hereditas, infr. de reg. jur. L. nihil aliud, infr. de verb. sig.* cur non sit res certa, ut et patrimonium, caussa dici non potest. Huic quidem certi definitio omnino convenit: appellata enim hereditate Lucii Titii, apparet quæ res nominata sit, ea est hereditas; qualis sit, qua patrimonio

inspecto constat, quibus in rebus consistat; quanta sit, quia et hoc certum est, quantum sit in patrimonio defuncti: quod nisi ita esset, nonquam constaret in ratione legis Falcidiæ ponenda, an supra dodrantem patrimonii legatum esset, et an quarta pars hereditatis remaneret apud heredem; quod tamen ex ea lege constitui oportet. §. *quan*

10 *titas*, §. *cum autem*, *Inst. de leg. Falc* † Quid obligatio, et actio? an quia incorporales res sunt, ideo sunt incertæ? Imo tales, qualis stipulatio, unde nascuntur: ideo ex stipulatione certa condictio est certi, ex incerta actio incerti: *Inst. eod. in pr. L. ult. supr. si quis in jus voc.* quæ potest autem esse actio certi, nisi certa; et incerti, nisi incerta? Ut enim stipulatio certa est, quæ certum continet; sic eam actionem, quæ certum continet, certam esse necesse est: sic enim ista ex rebus, quæ in his insunt, æstimantur; neque vero alia intelligitur certi stipulatio in *L. scire, C. de cont. stipul.* quam quæ hic appellatur incerta. Tum autem quomodo ex certa stipulatione possit esse incerta actio, cum actio inde nascatur, et nihil persequatur aliud, quam quod stipulatione continetur? Quod si actio certi certa est; erit multo magis obligatio; ut quæ prius nascatur ex stipulatione, et nata deinde actionem pariat: *L. licet*, §. *ea obligatio*, *supr. mand.* absurdum sit autem, ut incerta obligatio pariat actionem certam. Videamus de servitutibus: hæ aut personarum sunt, ut ususfructus, usus, habitatio; aut rerum seu prædiorum, ut iter, actus, via, et similes.

11 *l.* 1. *supr. de ser. Instit. de serv. præd.* † Prædiorum servitutes, ut iter, viam, si quis stipuletur sibi dari, seu constitui per certum fundum, et certam regionem ejus fundi, certæ res sunt non minus, quam fundus ipse et locus, per quem constituuntur. Nam ex nomine servitutis, quid; ex designatione speciei, qualem; ex designatione loci, quantam stipulemur, apparet. Quod si res quæque ex suo pretio æstimatur, ut res hereditariæ circa legem Falcidiam: *L. pretia*, *supr. ad leg. Falc.* non potest ea res esse incerta, cujus æstimatio certa est. Habent autem servitutes prædiorum ita designatæ unam et certam æstimationem; non quidem omnibus, sed peritis earum rerum æstimatoribus, qui sciant, tales et tales servitutes his locis, atque hac longitudine, et latitudine locorum constitutæ quanti omnibus valeant; nec propter periculum incertum amissionis fit difficilis aut incerta æstimatio: quoniam hæ servitutes semel constitutæ sunt perpetuæ, non ut ususfructus, temporalis. Non me movet, quod servitute quamvis per certam regionem fundi, et ad certum modum promisse non apparet oculis, nec percipitur sensibus, quod hic stipulamur, quid, quale, quantumve sit; satis est, si animo percipitur, quod natura ipsarum rerum exigit; sunt enim incorporales: quæ proinde nec cerni, nec tangi possunt: *d. tit. de reb. corp. et inc.* ut necesse sit, si quid sunt, si quid in se habent, id totum cerni animo, et solo animo æstimari. Unde dicuntur hujusmodi res consistere in jure, idest, juris intellectu. Ne illud quidem ad rem pertinet, quod servitutes non sunt prius, quam constituantur; non sunt enim re vera, ac ne tunc quidem, cum sunt constitutæ: sed non eo minus concipiuntur cogitatione, et quasi jam essent, ita esse intelliguntur, paratæ ad dandum non minus, quam si de rebus corporalibus ageretur. Unde et dicuntur servitutes dari, cum constituuntur. *L. si unus*, *supr. de ser. rust. pr. L.* 3. §. *dare*, *supr. de usufr.* quod non fieret, nisi et ante res esse intelligerentur: neque enim dari potest, quod non est: nisi forte exspectamus, ut constituantur, ac sic deinde dentur, quod est absurdum. Non sunt in eadem caussa personarum servitutes

ut ususfructus † De quo aperte scribit Ul 12
planus, si quis hunc quamvis certi fundi stipuletur, incertum intelligi in obligationem deduxisse. *L. ubi*, §. 1. An quod ususfructus non est corpus; non est res quæ oculis aut sensu percipiatur? exempla hereditatis, obligationis, actionis, et servitutem prædiorum, quas res certas esse ante ostendimus, nihil hujusmodi esse satis probant. Sed æstimatur ususfructus ex fructibus, et perceptionis diuturnitate. Fructuum quantitas incerta: incertum enim, quantum quoque anno nascatur; sed perceptionis modus incertior: finitur enim ususfructus inter cætera morte et capitis deminutione, rebus plane incertis. §. *ult. Inst. de usufr.* qua ex re fit, ut hoc quoque incertum sit, quantus in posterum futurus sit ususfructus: quo enim erit diuturnior, eo et majorem esse necesse est; et quo brevior, eo minorem. Qua ratione et pecuniæ, cæterarumque rerum quæ usu consumuntur, usumfructum non minus incertum esse dixeris, quod quidam negant: nam et hic similiter finitur morte fructuarii, et capitis deminutione. *L. si vini*, *supr. de usuf. ear. rer.* Itaque quod Papinianus in *L. tribus*, *supr. de usufr. ear. rer.* scribit usufructu quindecim millium legato *legatum esse veluti certi*; et natura rei, et verbis Papiniani satis admonemur sic locum accipiendum esse, ut verba significant; esse qui-

dem legatum hoc velut certi, quia summa hæc tota quindecim millium, quam certam esse constat, ab initio petatur, ejusque etiam proprietas transferatur. *d. L. si vini, eod.* Sed velut certi, inquam; re autem vera certi non esse ob eam caussam, quam dixi. Nec multum ad rem facit, quod pecunia certa petitur ab initio, ejusque proprietas transferri debet: animadverti enim debuit peti eam et transferri non simpliciter, sed ususfructus nomine, ac propterea adjici hanc cautionem, ut quandoque is, cui ususfructus legatus est, mortuus aut capite minutus erit, ejusdem qualitatis et bonitatis res restituatur. *d. L. si vini.* Hæc vero adjectio, atque hic translatæ pecuniæ modus non aliter incertam facit quantitatem ususfructus, quam si fundi aut aliarum rerum ususfructus esset legatus. Quid, si hoc modo proprietate pecuniæ translata, proprie ipsa nec transferri intelligitur? transfertur enim hac conditione, ut si vel post unam horam decedat fructuarius, statim pecunia restituatur: quoties autem sic dantur nummi, ut recipiantur, toties nec alienari videntur. *L. qui sic, infr. de sol.* Sed sive hic non transfertur pecuniæ proprietas, sive vere transfertur, semper illud tenebimus, ususfructus nomine transferri: denique in hac translatione nihil contineri in summa, nisi usumfructum; qui propterea ut cæterarum rerum ususfructus finiatur morte, et capitis deminutione fructuarii, vel hoc unum nomen ususfructus, ejusque conditio, satis ejus incertam quantitatem esse ostendit. Proinde qui usufructu pecuniæ legato aut promisso, in eo proprietatis translationem, quæ fit ab initio solum spectant, neque quo nomine, qua lege, quousque transferatur, considerant, ideoque his prætermissis rem certam hic contineri dicunt; hi, ut dicam mollissime, qua de re agatur, parum vident: qui autem eo etiam progrediuntur, ut quibusdam aliis dissentientibus doctis tamen viris contumeliose insultent, valde in se ipsos injurii sunt: illis enim objicientes in hac re nimiam cæcitatem, sibi ad suæ excusationem apud æquos Judices nullum relinquunt locum.

13 ✝ Si ususfructus propter incertum reditum
singulorum annorum, et quia incertum est,
quandiu duret, incertus; erit et usus incer-
tus, et habitatio ob easdem caussas, aut si-
miles. Res corporales, quæ in stipulatum
deducuntur, aut futuræ sunt, ut dixi, ut
fructus, et quod ex ancilla nascetur, aut
14 præsentes, et quæ jam sunt in rerum na-
natura. ✝ Futuræ, quia ex incerto eventu
naturæ pendent, omnes natura incertæ. *L.
ubi, §. illud.* Fructibus similes sunt usuræ

non solum quia vicem fructuum obtinent: *L. usuræ. supr. de usur.* sed etiam, quod proprie ad hunc locum pertinet, quia earum præstatio pendet ex cessatione sortis: quæ si statim solvitur, non debentur usuræ, et omnino nullæ sunt: si non solvitur; ut erit cessatio sortis, ita erit usurarum modus. Ideo qui usuras stipulatur quascunque eum stipulari incertum Ulpianus ait *L. ubi §. penult.* ubi usuras sine dubio intelligit eas, quarum summa certa exprimatur: quia hac non adjecta nulla sit stipulatio. *L. ita stipulatus. infr. eod. L. quod in stipulatione supr. de usur.* quascunque, id est, cujuscunque sint generis, sive trientes, sive semisses, sive besses, sive centesimæ; dum tamen sint legitimæ; nam ultra modum lege constitutum nullas usures stipulari licet. *L. eos. C. de usur. L. placuit, supr. eod. de usur.* Illud hoc loco monendi sumus, quod fructuum et usurarum stipulationem incertæ rei, et incertam esse dicimus, non eo pertinere, ut natis postea fructibus, et commissa stipulatione usurarum ob sortem non solutam, sic deinde fructus nati, et usura debita actione ex stipulatu, seu actione incerti peti possint; sed solum ut intelligamus ab initio et per id tempus, quo hæc nondum exstiterunt, incerta hæc esse; ac proinde incertam stipulationem; cæterum si de condictione quæritur, ex hoc genere stipulationum nulla alia potest esse actio, quam condictio certi. Nam ut in §. *illud.* Bartolus recte scribit de fructibus ex sententia Jacobi Aretini, ante quam fructus nascantur, ex stipulatione in quam fructus, qui nascentur, deducti sunt, agi omnino non potest: postquam nati sunt, statim cœperunt certi esse natura; quo fit, ut condictione certi peti possint et debeant; si quidem condictio certi competit ex omni contractu etiam qui ab initio incertus sit, ex quo certum petatur. *L. certi, supr. si cer. pet.* Et cur dubitemus id affirmare de usuris? certi enim juris est omnem pœnæ stipulationem certam esse: *L. si pœnam. supr. eod.* eoque et certi condictionem hinc nasci. *Inst. eod. in pr.* constat autem usuram omnem esse pœnam, quæ ob non solutam sortem infligatur; etsi non omnis pœna est usura: sic usura appellatur in *L. lecta. supr. si cer. pet.* Sed hæc obiter dicta sint de condictione certi ex stipulatione fructuum et usurarum, ne quia dicuntur incertæ hæ stipulationes, ideo quis colligi putet etiam ex his competere certi condictionem contra definitionem, *L. certi, supr. si cert. pet.* nam quæstio ipsa ad definitionem *L. certi*, pertinet: ubi cum a nobis sit exposita, lectorem ad eum locum re-

ficiemus. Quæret aliquis; cui igitur bono dici stipulationes fructuum et usurarum ab initio esse incertus contractus, si nihilominus ex his agitur tanquam ex contractibus certis condictione certi? Non sane, ut Bartolus putavit, ut intelligamus has stipulationes dilationem natura habere, quod esset præposterum (non enim ideo habent, quia sunt incertæ: alioqui ususfructus stipulatio, et disiunctiva dilationem haberent; sunt enim et hæ incertæ: sed ideo sunt incertæ, quia dilationem habent ex eventu pendentem) sed illud intelligi huc spectat, ut sciatur, quid sit illud, quod in definitiane certi condictionis dicitur, hanc competere ex omni caussa. ex qua certum petitur, etsi petatur ex incerto contractu. *d. L. certi, supr. si cert. pet.* harum enim stipulationum exemplis declaratur, qui sint illi incerti contractus,
15 ex quibus nihilominus certum petitur. † Corporales res quæ jam sunt in rerum natura, omnes natura sua certæ sunt: nam si sunt, etiam alicubi sint, certoque ac definitio loco contineantur, necesse est: quicquid autem certo loco continetur, id ut definitum, ita et natura certum est *L. plane, §. sed si non, L. eum res, §. 1. supr. de leg.* 1. Parumque retulerit, an apud nos incertum sit, necne. ubi sit res quæque: non enim eo minus quid certum est natura, quia apud nos incertum est. *§. conditiones Inst. eod.* Hactenus quæ res natura sua certæ sint, aut incertæ, diximus; qua ex cognitione hoc jam assequimur, ut si quæ res ex superioribus incertæ deprehensæ sunt, continuo sciamus et stipulationem esse incertam, omissa omni alia quæstione de genere pronunciationis. Quod si certa res sit in stipulatum deducta; nondum quid hic certi sit, aut incerti, tenemus: restat enim adhuc pronunciatio, quæ nisi et ipsa rem certam ostendet, æque apud nos eadem rei et stipulationis
16 incertitudo manebit. † Superest igitur, ut et de pronunciatione ac designatione rei. quæ certa sit, aut incerta, ut est propositum, videamus. Et ut pronunciatione sola appareat aut non appareat, quid, quale, quantumve sit, quod in obligationem deducitur, aliter efficitur in iis rebus. quæ ex sua specie æstimantur. ut est fundus, homo, statua; aliter in iis, quæ quantitate, idest, pondere numero, mensurare constant, ut vinum, oleum. frumentum, pecunia numerata. Quæ res ex sua specie non quantitate æstimantur, in his sic pronunciatio rem certam exprimit, si et species, idest, res certo loco comprehensa demonstratur, et præterea ita deducitur in obligationem, ut juxta stipulationem sola peti possit etiam invito promissore: si quid contra fit, quæ in re natura incerta incertitudo futura esset, eadem et hic relinquetur. Id autem duobus modis contingit, si vel aliquid stipulemur generaliter, ut hominem dari, vel res plures disjunctim electione nobis non recepta, ut Stichum aut Pamphilum. Etsi enim et illic res una ex genere promittitur, quæ cum dabitur, non potest esse, nisi certa; et hic species etiam rerum aperte designantur: fit tamen pariter utroque modo, ut ex pluribus rebus ea debeatur, quam promissor elegerit: quam autem is electurus sit, ex pronunciatione incertum est: nec parum interest, quam eligat propter diversam singularum rerum æstimationem: hinc utrumque genus stipulationis Ulpiano incertum. † *Qui hominem* inquit, 17
generaliter sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem. L. ubi *in pr.* An quod genus cogitatione percipitur. non cernitur? Minime: hoc enim cum aliqua probabilitate diei posset, si generis nomine idea et comprehensio universarum specierum in stipulatione generis significaretur: sed errat, si quis, cum homo promittitur generaliter, aliud promitti putat, quam unum aliquam hominem corpore et numero ut constantem, ita et distinctum a cæteris. ut docui ad *L. in stipulationibus, supr.* Hic homo si videtur, percipitur sensibus non cogitatione; si non videtur, quia de eo nondum promissor apud se constituit, ne cogitatione quidem percipi potest, qualis is aut quantus futurus sit, cum ex promissoris destinatione, idest, incerto eventu pendeat. Tum autem non si hominis promissi appellatione contineretur res incorporalis, quæ cerni, aut tangi non posset; ideo tamen consequens foret rem esse incertam; nam et res incorporales natura sua certas esse posse supra ostendimus. Postremo cum Stichum aut Pamphilum stipulor, designantur res corporales, ambæ subiectæ sensibus; incertum tamen in stipulationem deducitur; ex quo apparet certæ aut incertæ rei discrimen non esse positum in eo, quod quædam percipiuntur cogitatione, quædam sensibus. Quid ergo est? cum quid generaliter stipulor, electio est promissoris, quid det ex eo genere. *§. præterea si quis, Instit. de act.* Hæc electio incertum facit, non quid detur, hominam enim datum iri, certe dari oportere certum est: sed qualis homo futurus sit, aut quantus, qui postea dabitur. Et qui illud aut illud stipulatur, incertum intelligitur stipulari: *L. ubi, §. qui illud,* eadem plane ratione: nam et hic electio est debitoris. *§. huic autem, Inst. de act.* Sane si quis ita stipuletur,

Stichum aut Pamphilum dabis, utrum ego velim, electione nimirum nominatim sibi constituta; recte dicitur stipulationem certum continere. *d.* §. *qui illud.* Etsi enim non est certum, quid postea velit stipulator, et potest cum semel voluerit, voluntatem mutare ante litem contestatam: *L. si quis stipulatus*, 112. *infr.* tamen est in potestate ejus certum efficere, quod velit petendo consequi: id enim petetur, quod volet. † Si his modis duobus pronunciatio rem incertam facit in his rebus quæ quantitate non constant; licet jam intelligere verum esse, quod de certitudine pronunciationis in hoc genere posuimus: certitudinem hanc duabus rebus constare: si et species ipsa demonstretur, et ita deducatur in obligationem, ut sola possit peti, si stipulator volet. Adjiciemus, id ita fieri, si aut res una in stipulationem deducatur, aut plures conjunctim: aut disjunctim illæ quidem, sed electione nominatim recepta stipulatori: hinc illa stipulatio certi, fundum Tusculanum dari: *L. ubi*, §. *ult.* quia hic et species certo demonstrata, et ea una in stipulatum deducitur.

18 (margin number beside "petetur, quod volet.")

19 † Solum videndum est, quomodo species aliqua demonstretur. Demonstratur vero aut nomine proprio, ut Stichus, aut adjectione earum circumstantiarum, quæ in eam rem solam cadant, quæ adjectio vice nominis fungitur, veluti, servus tuus, quem a Titio emisti, cum promissor unum tantum a Titio emptum haberet: *L. certum, si cert. pet.* aut demonstratione certæ rei, locive, in quo res aliqua contineatur: certam enim et definitam rem esse oportet, quæ certo et circumscripto loco contineatur: unde hæc stipulationes, rei certæ stipulationes sunt; pecuniam, quæ est in illa arca; vinum, quod est in illa cella; frumentum, quod est in illo horreo, mihi dare spondes. *L. ubi*, §. *illud.* hic. *L. cum res*, §. 1. *supr. de leg.* 1. Nec dissimiles sunt illæ, quod mihi Sejus debet dare spondes? item, quod ex testamento mihi debes, dare spondes? Si modo Sejus certum debeat, vel ex testamento certum debeatur Etsi enim Ulpianus in *L. ubi*, §. *qui vero*, initio §. ita scribit in utraque caussa incertum in obligationem deduci; tamen id statim corrigit postea: *quamvis*, inquit, *istæ species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino, vel tritico, quod in horreo repositum est:* idque argumento confirmat. Et recte: supra scriptis enim stipulationibus nihil aliud intelligitur promitti, quam quod obligatione Seii, quod testamento continetur: quæ res non minus certæ sunt, nec minus certo ea quæ continent, ostendunt, quam arca, aut horreum, quibus continetur pecunia aut frumentum. Atque hoc modo res quantitate non constantes pronunciatione certæ fiunt. † In 20
quantitate, idest, his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, ita exprimendis, ut appareat in his quid, quale, quantumve promissum sit, speciem rei, ut supra, dicere non convenit: alioqui non quantitas promittatur, sed certum corpus et species: qua promissa nihil neque de quantitate, neque de qualitate exprimere oportet, quod tamen hic exigitur in *L. stipulationum*, et *L. ubi. in princ.* ut, si quis stipuletur pecuniam, quæ est in illa arca; vinum, quod est in illo dolio, speciem dixit, non rem numero, aut mensura constantem. *d. L. cum res*, §. 1. *L. plane.* §. *sed si non*, *supr. de leg.* 1. Nec ut dixi adjicere oportet, quam pecuniam, quod vinum, aut quantum: quoniam utrumque certi corporis, et certi loci designatio ostendit. Non solum ergo in his genus dicere est satis, sed etiam exprimi oportet, si modo quantitatem promitti volumus, ut dicamus decem aureos, ubicunque sint, vini amphoras tot, ubicunque illæ sint. Sed ad certam designationem rei accedere oportet hæc duo, certam qualitatem, et certam quantitatem ejus rei, quæ in stipulatum deducitur. *d. L. stipulationum*, *et L. ubi in pr.* Quantitas certa nota est, ut aurei decem, vini amphoræ centum, decem modii frumenti. Qualitas certa non item: hæc aliter æstimatur in nummis, aliter, in vino, frumento, et cæteris similibus. [Qualitas nummorum est eorum æstimatio: hæc in unoquoque genere nummorum certa est, habet enim unaquæque species nummi suam notam, ex qua pro genere monetæ vel aureæ, vel argenteæ vel æreæ æstimatio cujusque discernitur, eaque nota et æstimatio publica est, ne liceat de ea dubitare ac pro æstimatione etiam nomen habet, Ita qui decem aureos nummos stipulatur, certum stipulatur. *L. stipulationum.* quia ad nummorum, id est, generis incertitudinem addit aureos, quo verbo certæ notæ et æstimationis munere significatur; addit decem, id est, certam quantitatem. Vini, olei, et similium qualitas est bonitas, earum rerum secundum quam tanti aut tanti æstimantur. Hæc varie est pro regionibus et locis, ac sæpe in iisdem locis aliæ aliis meliores nascuntur: in hac varietate nulla nota cuique speciei publice addita est, nullum nomen additum, quo æstimatio significetur: ac nec potest, cum earum rerum bonitas natura constet, non hominum instituto; eoque hominibus sit incerta. Cum ergo desinit cætera, visum est sic certam earum rerum bonitatem exprimi, ut dicatur regio, in qua id na-

scatur, quod stipulamur, et adjiciatur bonitas, quæ sit summa: ut exempli gratia in tritico ita concipiatur certa stipulatio, tritici Africi optimi modios centum dabis, in vino ita, vini Campani optimi amphoras centum dabis? *L. stipulationum.* Nam si quis bonum tantum dicat, incertum dicit, cum bono possit esse melius: at optimo nihil potest. *L. ubi in princip.* Sed quæcunque in bis qualitatis et quantitatis certitudo fuerit, nihil tamen promittitur in omnibus, nisi genus: decem enim aureis promissis, non promittuntur decem, quæ sunt in loculis aut bonis debitoris sed decem, quoscunque aut undecunque habiturus est debitor postea; et cum decem petentur, eodem modo petentur in genere: nimirum uti in stipulatum deducti sunt. d. §. *huic autem, in fin. Inst. de act.* Idemque in vino, oleo, tritico dicendum est, etsi quis decem dolia vini Campani optimi stipulatus
21 sit; tritici Africi optimi modios centum. † Qui fit igitur, ut in iis corporibus, quæ quantitate non constant, cum promittitur quid generaliter, incerta stipulatio sit: cum autem promittuntur res pondere, numero, mensura ve constantes, quamvis generalis sit appellatio et stipulatio earum rerum, tamen placeat stipulationem non esse incertam? quia in cæteris rebus sunt aliæ species abis meliores aut deteriores: ac proinde singulæ aliæ sunt ab aliis: Quo fit, ut cui incertum est, quam speciem ex eo genere consecuturus sit, huic etiam una sit incertum, si non quid, at certe quale et quantum consequatur: ut autem incertum sit, quæ species præstetur, facit stipulatio generalis propter electionem dandi promissori constitutam, ut ante diximus. In quantitatibus autem singulæ species ejusdem generis etsi numero diversæ, vi tamen ipsa et potestate eædem sunt cum aliis: quia in pari quantitate et bonitate ejusdem generis singulæ idem præstant: *L. 2. §. 1. supr. si cer. pet.* ut consequens sit si cui una ex bis promissa sit sub electione promissoris, ut fit in generali stipulatione, nihil tamen stipulatori obstare hanc electionem, quominus semper certum sit quid consequatur: quoniam quidquid daturus est promissor, id semper utilitate unum et idem futurum sit. † Et tamen si substantiam re- 22 rum speciemus et numerum singularum, quo distinguuntur alia corpora ab aliis, negari non potest, quin promittatur res incerta, cum indefinite promittitur pecunia, oleum, vinum, frumentum, aut aliæ res ejusdem generis, etiam si hic certæ quantitatis et qualitatis res promissæ sint: decem enim aureis promissis, ut dixi, non hi aut illi promittuntur, sed decem in genere, ubicunque sint, et quicunque dentur postea: idemque decem modiis tritici, decem amphoris vini promissis, dicendum est. Sed et quicunque aurei dabuntur quandoque, certum est eos substantia et numero alios futuros ab iis omnibus, qui restant in rerum natura. Ac ne in istis rebus incertis appellandis magis ratione aliqua nostra niti videamur, quam re ipsa aut auctoritate juris auctorum; sciendum est et eas a juris auctoribus aperte incertas dici, ut in *L. in ratione, §. incertæ, supr. ad leg. Fal.* Neque id sine re, ne quis hanc appellationem contemnendam putet, cum de effectu rei quæritur; hoc enim de caussa accidit, ut quamvis res hereditariæ omnes, aut debitoris heredis perierint, tamen non eo minus debeatur pecunia, aut vinum, quod generaliter, ac non certo loco comprehensum legatum fuerit, *d. L. in ratione. §. verum est. et §. incertæ;* scilicet quia res certæ legatæ non sint, ut rebus hereditariis et heredis amissis, dici possit eas quæ legatæ sunt, amissas esse; in quam sententiam et illud de omni summa pecuniæ debita dictum est, incendium ære alieno non exuere debitorem. *L. incendium. C. si cer. pet.* Quod causæ est igitur, eur non putetur falsum esse; quod ejusmodi res dicuntur hoc loco incertæ. Quia incertitudo ista, quæ dicitur esse in his rebus, ad incertitudinem solum, ut dixi, substantiæ, et ejus loci, in quo illæ sunt, pertinet: at hæc eum de utilitate stipulatoria quæritur, rem incertam non facit; utilitas enim in omnibus ejusdem generis et bonitatis corporibus una est; secundum quam et quantitas promissa recte dicatur certa: et cum ipsa petetur, certum peti; proinde et hinc esse etiam certi condictio.

Ad §. Hæc stipulatio *fundum Tusculanum dari*, *L. ubi*.

Hæc stipulatio, *fundum Tusculanum dari?* ostendit se certi esse: continetque ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc fundum dari est certa.*
2. *Stipulatio fundum tradi, cur incerta.*
3. *Ex stipulatione, Rem dari, vacuamque possessionem, tradi, cur fructus petantur actione incerti.*

1 Hæc stipulatio fundum dari ostendit se certi esse, ait Ulpianus; nempe quia in stipulatum deducitur res aperte certa natura: quæ et suo nomine demonstratur, id est, fundus Tusculanus *L. prox. supr.* † Sed cur non dicatur ista ratione certi esse et illa stipulatio, fundum tradi? quam tamen ut in faciendo positam incertam esse paulo ante scripserat, §. *qui id quod.* Differentiæ ratio est, quia in hanc stipulationem, fundum dari ipse fundus venit, quem certum esse jam diximus: in stipulationem autem fundum tradi, non fundus venit, sed id quod interest fundum ita tradi: hoc autem incertum, quod et jam supra attigi ad *L. stipulationes, ver. Celsus, supr. eod.* ubi pluribus etiam rationis rationem exposui. † Quod in *L. 4. supr. de usur.* scriptum est ex hac stipulatione, rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba stipulatorem consecuturum nihil adversatur huic loco: incerti enim actio, quæ illic datur, diserte datur propter inferiora verba, idest, ex illa parte stipulationis quæ continet vacuam possessionem tradi. Quod si ex ea stipulatione in id agetur, ut res detur, quod prior pars continet, haud dubie certi agendum erit, ut hic stipulationem certi esse scriptum est, non incerti. 3

Ad L. *Si stipulatus fuerim.* 76.

Paulus *lib. XVIII.* ad Edictum.

Si stipulatus fuerim *illud aut illud, quod ego voluero:* hæc electio personalis est: et ideo servo vel filio talis electio cohæret: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore.

SUMMARIA.

1. *In disjunctivis electio quandoque stipulatoris est, si videlicet nominatim sibi eam exceperit.*
2. *Electio quam stipulator sibi constituit, an personalis sit.*
3. *In libero homine et sui juris, an aliud in electione, quam in his qui in potestate constituti sunt, receptum sit.*
4. *Electione morte stipulatoris extincta, obligatio sola sine eligendi potestate ad heredes transit.*
5. L. Si sic legatum, §. ult. supr. de leg. 1. *explicatur.*

1 Etiam ex illa stipulatione, illud aut illud dari, stipulatoris quandoque electio est; ita demum, si is nominatim electionem sibi receperit, ut diceret, illud aut illud, quod voluero, vel utrum ego velim, dare spondes? *L. ubi, §. qui illud, supr. L. si quis stipulatus, infr. eod.* † Hanc electionem si quando 2 sibi constituat stipulator, quousque ex pro-

grediatur, et ad quos pertineat, quæsitum est idest, sitne ejusmudi, quæ personæ stipulantis cohæreat, ut et ipse eligere possit, utrum velit, ac præter eum possit nemo; an vero transeat ad alias, puta heredes, et eos quorum in potestate est; qui stipulatur ut res cæteræ, quæ per alios nobis acquiruntur: de quo cavetur hoc loco: personalem esse hanc electionem videlicet, sive homo liber stipulatur, et qui sui juris est, sive servus aut filiusfamilias et in summa de tota stipulatione hæc hujus loci sententia est. Obligationem quidem, quæ hinc nascatur, personalem non esse, sed transire in heredes etiam mortuo ante, quam eligat stipulatore: at eligendi potestatem esse personalem etiam in eo qui sit sui juris: proinde ejusmodi, quæ nec ad heredes transeat: quo jure habetur id omne, quod personale est. *L. quia tale, supr. sol. mat. L. non solum, §. tale, supr. de lib. leg.* Huic rei consequens esse, ut si servus, vel filius illud aut illud stipulati sint, utrum ipsi velint, recte dicatur talem electionem eorum personæ cohærere, idest, ut explicatur in *L. ult. in princ. infr. eod.* ipsos, non dominum aut patrem de alterutra re destinare debere. Merito: non enim potest hæc electio in homine sui juris esse personalis, quin talis sit in persona servi et filiifamilias; quandoquidem iisdem verbis servus et filius hanc electionem sibi constituunt. Ac quod de electione a servo, vel filio ipsis recepta dicitur hanc personæ cohærere, ita diserte scriptum est hoc loco, et in *L. ult. infr.* ut sit
3 extra controversiam. † An etiam in homine libero et sui juris hæc electio sit personalis, et an id Paulus hic dicat, videndum est; negant enim alii moti his verbis responsi, *in heredes tamen transit obligatio, et ante electionem mortuo stipulatore*; sed præcipue *L. si sic legatum. §. ult. supr. de leg.* 1. ubi si is qui stipulatus est illud aut illud, utrum velit, leget quod sibi debetur, placet electionem etiam in legatarium transire: prius autem in heredem, ut qui actionem legatario in eam rem, ut petat, utrum velit, cedere debeat. Et de eo loco postea. Prius de eo, proponitur, deque ipsa re, quam hic statui dicimus, videamus. Ego autem de hoc loco sic sentio, hic Paulum de homine qui sui juris sit, loqui initio, hunceque esse, in quo dicat hanc electionem personalem esse; atque hoc quod ita dixit, non modo eum non corrigere postea, sed etiam magis confirmare. Perspicuum hoc quidem est ex verbis; sic enim scribit: *si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, hæc electio personalis est.* Nam si sola hæc verba spectamus, ut minimum sententia generalis erit ad omnem stipulatorem pertinens; ut saltem generalitate sententiæ etiam is, qui sui juris est, contineatur. Quod si considerabimus etiam, quæ sequuntur, intelligemus eam definitionem ad Paulum ipsum, qui loquitur, et sub persona ejus ad eum solum, qui itidem sui juris sit, pertinere. Primum sub persona sua de eo loquitur, quem aperte distinguit postea a servo et filiofamil. subjicit enim: et *ideo servo vel filio talis electio cohæret.* Deinde hoc ipsum, quod subjicit de servo vel filio, apparat eum inferre ex præcedentibus; ait enim, *et ideo.* Inepte, si de servo et filio prius senserat; perinde enim hoc erit, ac si ita dixisset, si stipulatus fuerit servus vel filius illud aut illud, quod ipse voluerit, hæc electio personalis est; et ideo in servo, vel filio personalis est, ut sic idem ex eodem colligat. Nam personale esse, et personæ cohærere idem idem valent. *L. non solum, §. tale, sup. de lib. leg. L. quia tale, supr. sol. mat. juncta, L. 3. in fin. quib. mod. us. am.* Sed fortasse quod hic dixerat Paulus, id corrigit postea, et in servo aut filio solum locum habere ostendit: id enim quibusdam placet. Atqui verba evidenter reclamant: nam si id temperamentum vellet Paulus intelligi, non ita dicendum fuit: si quis ita stipulatus fuerit, illud aut illud, quod ego voluero, hæc electio personalis est: sed ita, si servus aut filius eo modo stipulati sint: servo enim vel filio solum talis electio cohæret. Denique ad correctionem præcedentium particula aliqua adversante interveniente opus fuit: nunc autem manente priore sententia illatio subjecta est his versiis, *et ideo servo vel filio talis electio cohæret:* quæ illatio tantum abest, ut quidquam mutet de præcedente definitione, ut eam maxime confirmet: non enim potuit nisi eo prius manente et bene constituta quidquam ex ea colligi. Huc accedit, quod non potuit esse correctio, nisi in iisdem personis corrigatur, quod prius de iis dictum fuerat; at propositio est de auctore, qui loquitur, et sub persona ejus de homine sui juris. Quod sequitur, de servo et filio, propositio concipitur sub prima persona, si stipulatus fuerim. Quod sequitur, sub tertia persona, *servo vel filio talis electio cohæret*; cum ita debuisset dici, si tamen ego qui stipulatus sum, servus sim aut filius. Hæc igitur alia est sententia, nec ad priorem ullo modo pertinet. Atque hæc verborum Pauli manifesta sententia est. Quod si omissis ejus verbis de re ipsa quæritur; reperietur nihil esse verius, quam in homine etiam libero et sui

Juris hanc electionem exceptam, *quod ego voluero*, personalem esse, nec transire ad heredes. Hoc amplius, his concessis de quibus convenit in servo et filio, hoc idem in aliis qui sui juris sunt, statui necesse esse. Hæc electio nihil nisi voluntas est personæ, eaque nuda, aperte his verbis expressa, *quod ego voluero*, vel, *utrum ego velim*. Convenit inter omnes voluntatem morte finiri: unde locationem ita contractam, quoad locator vellet, placuit morte ejus tolli, *L. 4. sup. loc.* Scilicet, quia morte sua velle desiisset, nec volendi potestas, quæ esset personalis, ad heredem transiret. Proinde et hæc ipsa voluntas, seu volendi potestas a stipulatore excepta hujus ipsius morte finietur. Jam quæ hic voluntas est, aut quomodo expressa? hoc modo, *quod ego voluero*. Hæc adjectio conditionem habet, si ego voluero: similiter ut illis verbis, *Stichus qui meus erit, cum moriar*, inest hæc conditio, si meus erit, cum moriar *L. 6. supr. de leg. 1.* et illis, *cujus nomen codicillis scripsero*, hoc exprimitur, si cujus nomen scripsero. *L. institutio, supr. de cond. ins.* Constat autem hanc conditionem legatario, idest, creditori adscriptam, si voluerit, personæ ejus cohærere, ut nisi vivus constituerit, morte ejus conditio deficiat; *L. si ita expressum, supr. de cond. et dem.* quare et in eadem conditione stipulatori injecta idem dicendum est. Nam cur hac conditione adjecta aliud in stipulatore statuatur, quam in legatario, si ambo vivi nihil constituerint, ratio reddi non potest, ut docuimus ad *L. qui Romæ, §. Agerius. infr. eod.* Et vero cur placeat electionem, seu potestatem volendi his verbis expressam, *quod ego voluero*, esse personalem, consideremus: ita etiam minus mirum erit, cur personalem esse dicamus. Nempe ideo personalis est, quia nemo unquam dixerit voluntatem alterius, etiam heredis in eligendo eandem futuram esse, quæ foret stipulatoris; cum fieri possit, ut una res videatur heredi esse utilis, quæ non videretur stipulatori; et ut non videatur utilis, tamen illi magis placeat hanc habere, ut sunt variæ hominum voluntates, varia judicia; vereque dictum est illud.

Velle suum cuique est, nec voto vivitur uno.

Quod si hæc satis non sunt: conferamus jam exemplum servi, et filii, de quibus hic diserte scriptum est; vel hoc unum ad omnem controversiam dirimendam sufficiet. Convenit servo vel filio illud aut illud stipulantibus, quod ipsi voluerint, talem electionem personalem esse, seu personæ eorum cohærere: etsi concederemus hoc solum hic scriptum est in *L. ult. infr.* tamen continuo efficeretur ejusmodi electionem etiam in libero, et eo qui sui juris sit stipulatore, esse personalem: et quemadmodum a servo non transiret ad dominum; sic nec a defuncto transire ad heredes. Cur enim in servo hæc electio personalis est? utrum quia talis est natura sua, an quia persona servi, in quam incidit, talem facit? quia talis est natura haud dubie, non autem propter personam servi. Tantum enim abest, ut quæ servus acquisivit, ea propter conditionem servilem in persona ejus subsideant, ut contra si quid natura sua transire potest ad alios, id in servi persona subsistere non possit, ne momento quidem. *L. placet, supra, de acquiren. her.* Quod si hæc electio natura sua personalis est, erit omnino et tunc personalis, cum in persona ejus stipulatoris, qui sui juris sit, constituta fuerit. Jam et illud sic recte colligitur: multo facilius quid a servo in dominum transit, quam a defuncto transit in heredes; et præsertim stipulatio: in quo genere quidquid stipulatur is, qui in aliena potestate est, pro eo habetur, ac si ipse qui in potestate habet, esset stipulatus: *L. quodcunque, supra eod.* et ut est apud Justinianum, vox servi vox domini esse intelligitur in his, quæ ad alios transire possunt, *§. si vero, et §. post mortem, Inst. de inutil. stipula.* Et quanquam heredis quoque eadem persona esse dicitur cum defuncto. *Novel. de jur. a mor. præs.* tamen id non statim post stipulationem a defuncto interpositam contingit, sed multo post, idque stipulatore prius mortuo, cujus deinde in locum heres successerit. Quod autem servus stipulatur, ideo videtur dominus ipse stipulari, ut illi acquiratur, non dico vivo adhuc servo, sed statim, ac nec momento subsistat apud servum; adeo ut etiam invito domino acquiratur. *d. L. placet, supra, de acquir. her. L. servus vetante, supr. eod.* Concedimus si servus illud aut illud stipuletur, utrum ipse velit, hanc electionem cohærere personæ servi, nec ad dominum transire. Quare libero homine eodem modo stipulante, multo minus talis electio transibit ad heredes. Licet etiam colligere hoc modo: si mortuo stipulatore ad heredem ejus hæc electio transit, etiam hujus electionis commodum per servum eodem casu acquiretur. Sic enim regula juris est: quæ legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. *L. quæ legata, infr. de reg. jur.* Idque multo magis valet in stipulatione: cum legata conditiona-

lia ad heredem legatarii non transeat, *L. 4. et L. 5. supr. quan. di. leg. ced.* stipulatio conditionalis transeat, *§. ex conditionali. Instit. eod.* Ut autem transit, sic hujus quoque commodum per servum aut filius domino patrive statim acquiritur. *L. si filiusfam. infr. eod.* At electionis de qua quærimus, commodum per servum non acquiritur domino, aut per filium patri quia electio servo, et filio cohæret; ex quo efficitur nec eam electionem ad heredes transire, ac proinde esse personalem, et cum persona extingui. Quare cum verbis hujus loci exprimatur hæc sententia etiam in stipulatore qui sit sui juris, eam electionem de qua agitur, personalem esse; et sententia ipsa per se verissima sit; et præterea ex eo quod conceditur, necessario efficiatur: non est quod dubitemus eam hoc loco retinere, etiam si omnes dissentiant, Nihil enim ad rem pertinet, quid quis dicat, aut sentiat, sed quam vere. Magis mirari debemus in tanta multitudine interpretum neminem fuisse, qui in interpretatione hujus loci de contextu ipso sibi cogitandum putaret: qui si Paulum modo attendissent, aut viderent eum sententiæ suæ adversari, et veris acquiescerent; aut si eo non moverentur, saltem hoc ipsum, cur non moverentur, dicerent, et lectorem ea dubitatione, quam locus affert, liberare conarentur: in quo tamen omnes mirum silentium agunt. Nam quod aliam esse statuerunt hanc electionem in servo et filio, personalem videlicet, ne ad dominum, patremve transeat: aliam in homine sui juris, idest, non personalem, sed talem quæ transeat ad heredes; ferendum non videtur in ea re, in qua et natura electionis seu voluntatis tam aperte convincantur, et præterea tot locis, in quibus supra scriptæ personæ omnes comparantur, cum de rebus ad alios transferendis agitur. Melius Bartolus, qui vidit, et fassus est hanc sententiam exprimi hoc loco, etiam in stipulatore, qui nec servus sit, nec filiusfamilias, hanc electionem esse personalem: etiam si quæ contra dicuntur, expedire non potuerit; quod enim ait eam personalem esse vivo stipulatore, eo autem mortuo desinere esse personalem et transire ad heredes: satis se ipsum refellit. Id enim personale est, quod cum persona extinguitur, *L. quia tale. supr. sol. ma.* non potest autem, quod ejusmodi est, ad heredem transire. *d. L. non solum. §. tale, supr. de lib. leg. L. 3. in fin. supr. quib. mo. us. am.*
4 † Quid ergo sibi volunt illa verba, quæ sunt in extremo responso, *in heredes tamen transit obligatio, et ante electionem mortuo stipulatore?* Id ipsum, quod verba significant, obligationem nimirum transire, non item electionem, quam prius personalem esse dixerat. Quippe hac stipulatione Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dabis? duo continentur; obligatio Stichi aut Pamphili, et præterea harum rerum electio. Ipsa obligatio rerum, pura est; semper enim promittitur hæc, aut illa, sive stipulator eliget, sive non eliget: at electio, quæ stipulatori datur, est conditionalis; habet enim hanc conditionem, ut dixi, si stipulator volet; ut hic quodammodo duplex sit stipulatio, ad petitionem Stichi aut Pamphili pura: ad electionem conditionalis. Similiter ut duplex habetur illa institutio, cum ita heredes instituti sunt, ex partibus quas adscripsero; ex partibus aliquibus pura: ex partibus quas adscripsero, conditionalis, si quas adscripsero. *L. 2. supr. de hec. inst.* Ergo stipulatore prius, quam eligeret, mortuo, electio exstinguitur, quia defecit ejus conditio: non item finitur obligatio Stichi aut Pamphili: quia hæc detracta electione pura est, ut non possit dici hujus conditionem defecisse, cum conditio nulla fuerit. Proinde etiam ut ceteræ obligationes dandi, sic ista in heredes transibit, etiam ante electionem mortuo stipulatore, ut Paulus hic scribit. Quod tamen cum dicitur, non sic accipiendum est, quasi transeat cum sua electione: transit enim; sed eligendi potestate, quæ defuncti personæ cohærebat, omissa, et jure translata in promissorem. Ita cum de obligatione respondit Paulus hanc transire in heredes, recte respondit, neque hoc ad electionem pertinet. Quid ergo attinuit, dicet aliquis, cum institutus esset sermo de electione stipulationis propositæ; sermonem injicere de obligatione nuda et quæ detracta electione intelligeretur? Factum hoc est, ut occurretur tacitæ dubitationi, quæ ex eo, quod de electione dixerat, nasci potuit: quoniam enim electio hæc, quam quis sibi stipulandu constituit, stipulationis pars est, existimare possit aliquis, quod de una parte dicitur, id ad totam stipulationem pertinere? ideoque ut electio non transit ad heredem, sic nec transire obligationem: quod secus esse Paulus admonet ad hanc sententiam: electio, inquit, personalis est ex stipulatione proposita; id tamen ad obligationem ipsam Stichi aut Pamphili producendum non est: hæc enim ad heredem transit, etiam si non transeat electio; si puta stipulator ante quam eligeret, decesserit. Nec ad rem pertinet, quod stipulatio conditionem habet, si stipulator volet; inest enim hæc conditio, si unum potius habere velit, quam alterum; ut autem ille aut ille debeatur sine electione

stipulatoris, in eo conditio nulla est, ut supra dixi. † Sed obstat nobis *L. si sic legatum*, §. *ult. supr. de leg.* 1. sic enim verba sunt: *si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur; tenebitur heres ejus, ut præstet legatario actionem, electionem habituro, utrum Stichum an decem persequi malit.* Hic locus est, fateor, in quo decipi proclive fuit, si quis præter eum nihil spectaret in hac causa. Sed et hic locus, quam interpretamur, et natura electionis seu voluntatis, quæ excepta est, et exemplum servi et filiifam. qui hanc sibi exceperunt, admonere nos debebant considerandum esse etiam atque etiam, si quo modo fieri posset, ut superiorem illum locum tanquam scopulum in hac re vitaremus. Quod si volemus attendere reperiemus in eo ipso loco, qui objicitur, satis esse ad dissolutionem. Observandum est enim diligenter in eo non proponi stipulatorem, qui nulla destinatione voluntatis declarata decesserit: quod si fieret, et diceretur tamen hoc morto electionem transire in heredem; tum haberemus certo, quod superioribus opponeremus: nunc autem proponitur stipulator is, qui quod stipulatus erat electione sibi constituta, id ipsum legavit, et legavit his verbis, quo sibi debebatur. In hoc fateor recte dici transire electionem in legatarium: neque superiori sententiæ aut potius huic loco adversatur; quod enim dicitur electionem stipulatoris, de qua agitur, personalem esse, neque transire in heredem, in eo dicitur, qui vivus non elegit, et ut hic loquitur Paulus, qui mortuus est ante electionem. Quod si stipulator eligat prius, quam moriatur, dubium esse non debet, quin hic electionem transmittat ad quoscunque ejus stipulationis actio pervenerit: quoniam extiterit conditio ejus electionis. Sic enim verba erant, illud aut illud, quod ego voluero: stipulator autem eligendo voluit. Hoc ego evenire contendo in eo stipulatore, qui eo modo stipulatus, ut diximus, legat quod sibi debetur; debebatur enim illud aut illud cum electione; proinde hoc legando quod debebatur, una cum petitione etiam electionem obligationi adjunctam legavit: hanc legando simul ipse elegisse intelligitur. Quidnam, inquies, cum de eo nihil dixerit? nempe id quod legatarius eliget, cui hanc electionem commisit; nihil enim interest, utrum ipse stipulator eligat, an is cui stipulator eligendi negotium dedit. *L. item*, §. 1. *supr. quod cujus. uni. no.* Sed an potuit stipulator hanc electionem legatario dare? non enim videtur, cum sit personalis. Sane vero non posset, nisi prius ipse elegisset: sed jam dixi stipulatorem committendo legatario hanc electionem, hoc ipso id cum eligere videri, quod legatarius volet. Neque eo moveri oportet, quod legatarius eligit mortuo jam stipulatore: quo tempore stipulator eligere dici non potest; nun enim dicimus, cum legatarius eligit, tunc stipulatorem eligere, quod certum est in mortuum cadere non posse: sed cum legatarius eligit, videri stipulatorem jam tum elegisse, cum legavit actionem: ut legatarii electio non constituat electionem stipulatoris: sed quænam illa fuerit ab initio, declaret. Similiter ut accidit, cum quis testamento ita heredem instituit: quem mihi heredem codicillis scripsero heres esto: quemcunque enim heredem scripserit codicillis postea, is heres erit. At enim codicillis hereditas dari non potest. Recte hoc objiceretur, si quidem hic heres codicillis scriptus esset: sed constanter placuit, quoscunque postea scripserit testator in codicillis, hos retro versus videri eum scripsisse: non codicillis, sed testamento tunc, cum instituebat, quem postea alibi scripsisset; ut scriptura codicillorum non faciat heredem, sed eum, qui scriptus erat nec appellatus, demonstret. *L. institutio. supr. de cond. inst. L. asse, supr. de her. inst.* Eodem modo si testator ita scripserat. quantum codicillis Titio legavero; placet, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valere *L. si ita scripsero, supr. de cond. inst.* Et generaliter probandum est, quoties dicimus aut scribimus nos id velle, quod postea, aut in illo loco, aut in illa persona ostendetur, toties id jam nunc in præsentia videri nos velle et constituere, quod postea sequetur, quandocunque tandem declaratio secuta fuerit: ut et superioribus, et multis aliis argumentis juris confirmatur. Sed enim hic etiam dici potest in *L. si sic legatum*, §. *ult.* significari in ea specie, quæ obiicitur, electionem non tantum transire in legatarium, sed etiam in heredum; placet enim heredem cedere prius actionem debere legatario, qua hic petat, quod ipse eliget; ergo actionem quam heres habuit: neque enim aliter posset eam præstare: in hunc tamen defunctus eam electionem non contulit. Unde colligi videtur etiam sine destinatione seu electione stipulatoris electionem in heredem transire. Mendose colligitur; non enim si stipulator nun constituit, ut heres eligeret, ideo electio ejus non præcessit; destinavit stipulator vivus, quid peti vellet, cum id elegit et legavit, quod legatarius constitueret. Quod satis est, ut ea electio, de qua agitur, ad heredem transeat

sine alia aperta defuncti voluntate: transit enim ad eum non electio futura, qua ipse eligat, utrum velit, hæc enim legatario, tributa est: sed electio jam ante constituta a defuncto, per quam res ab illo jam electa est, et ad rem electam quæsita actio. Hæc vero actio illa est, quæ ad heredem transfertur; non mirum: ipsa enim electio futura personalis est: res autem electione quæsita, ut ad rem electam actio personalis esse desiit: cœpitque inter cætera bona defuncti numerari, et ea quæ ad heredem transeant. *L. bonorum, infr. de verb. sig.* §. *non autem, Inst. de per. et tem. act.* Ea porro res a stipulatore vivo in proposito legato electa intelligitur, quam legatarius volet, ut diximus. Ita fit, ut et heres ad eam solam petendam, quam legatarius volet, actionem habeat, quam et legatario debeat cedere, quod contingit sine fraude legatarii, cui electionem tributam volumus. Quod si proponas legatarium repudiasse legatum, heres electionem non habebit: non eam, quam defunctus voluit, quia hæc conditionem habuit, si legatarius legatum agnosceret, et inde peteret, utrum vellet: non enim quam defunctus ante legatum habuit, quia hæc fuit personalis. In summa, qui illud aut illud, utrum velit, stipulatus est, antequam eligat, hujus electio, id est eligendi potestas personalis est, et si ante decesserit, electio ad heredem non transfertur. Quod si semel eligerit, quæritur illi actio ad rem electam, quæ actio electionis præteritæ emolumentum ad heredem transit sine alia aperta translatione. Videtur autem eligere stipulator alterutrum, non solum cum aperte constituit, utrum velit ex iis, quæ promissa sunt; sed etiam cum legat, quod ex hac stipulatione sibi debetur: quamvis enim nihil aliud adiecerit: tamen ut his verbis committi legatario, ut eligat, ita hoc ipso videtur jam nunc eligere, quod postea legatarius eliget, quandocunque id secutum erit. Argumen. in *L. 1. §. item, supra, de acquiren. possess.* Quo exemplo dicemus: etsi stipulator hic vendiderit alicui, quod sibi debetur, aut ex alia caussa transtulerit hoc nomen, in eum in quem translatum est, transire electionem: quasi et hoc ipsum stipulator elegerit prius, quod is cui actiones cessæ sint, postea eligit.

Ad §. *Cum stipulamur.*

Cum stipulamur quidquid te dare facere oportet, id quod præsenti die dumtaxat debetur, in stipulationem deducitur: non ut in judiciis etiam futurum: et ideo in stipulatione adjicitur verbum, *oportebit:* vel ita, *præsens in diemve,* hoc ideo fit, quia qui stipulatur quidquid te dare oportet, demonstrat eam pecuniam quæ jam debetur. Quod si totam demonstrare vult dicit, *oportebitve:* ita, *præsens, in diemve.*

SUMMARIA.

1. *Debitum ex aliis caussis cur sæpe in stipulotionem deducatur.*
2. *Præsens, in diemve debitum quomodo commode in stipulationem deducatur.*
3. *Stipulatione hac, Quod te dare facere oportet, an obligationes in diem contractæ et futuræ contineantur.*
4. *Actionis formula hac, Ajo te dare oportere, etiam futura in judicium deducuntur, et quæ diversitatis in stipulatione et judiciis ratio.*
5. *Stipulatio legatorum nomine interposita judicii instar obtinet.*
6. *In judicium futura deduci quomodo, accipiendum.*

1 Quod ex aliis caussis debetur, sæpe fit, ut in stipolatum deduci vellmus, vel que nobis magis cautum sit, quam ad rem inventæ sunt stipulationes; *Inst. eod. in princip. L. 5. supra eod.* vel ut posteriore stipulatione noventur præcedentes obligationes, *L. 1. infra. de nov.* nec tantum ut noventur præcedentes, sed etiam ut ipsa posterior stipulatio acceptilatione tollatur, atque ita ab omni obligatione discedatur: quando acceptilatione eæ tantum solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ.

2 §. *item per*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* † Ac si quid præsenti die debetur, commode in stipulatum ita deducitur, *quod te mihi dare facere oportet*; si et quod debetur in diem complecti volumus, de utroque genere et hoc modo commode concipi constant, *quidquid te dare facere oportet, oportebitve*; vel, quod te dare facere oportet *præsens, in diemve*, ut hic declaratur: quomodo et conceptam Aquilianam stipulationem legimus in
3 *d.* §. *item per.* † Quæsitum est, si tantum ita dictum sit, quod te dare facere oportet, an ad utrumque genus satis dictum sit, et an contineantur etiam obligationes in diem contractæ, et futuræ. Placuit non contineri sed tantum quod præsenti die debetur. Ideoque si quis de utroque comprehensum velit, ita concipi oportere, ut modo diximus, ut hoc loco, et *L. si a colono, infr. eod. L. si ita scripsisset*, **46.** *supr. de leg.* **2.** unde et Aquilianæ stipulationis formula. Scilicet id solum dari oportet, quod jam nunc oportet, *d. L. si a colono*: quo in numero non sunt ea, quæ sunt in diem; id enim dari oportet, quod ab invito exigi potest: non potest autem exigi, quod in diem debetur. *L. eum,*
4 *qui Calendis*, §. *ult. supr. eod.* † Hic obiicitur formula judicii: nam et judicium sive actio instituitur iisdem verbis, bis nimirum, ajo te fundum illum dare oportere, §. **1.** et §. *huic autem. Inst. de act.* et tamen in judicium his verbis etiam futurum deducitur, ut hic Paulus scribit; deducuntur enim fructus postea nati, et qui percipi potuerunt, itemque omnes rei petitæ accessiones, quæ post litem contestatam contigerunt. *L. præterea, supr. de rei vind. L. videamus*, **38.** §. *si actionem, supr. de usur.* Nihil amplius de eo Paulus hoc loco respondet, nisi dissimilem esse in hac re stipulationis et judiciorum causam: *quid*, inquit, *præsenti die dumtaxat debetur, in stipulationem deducitur: non ut in judicis etiam futurum.* Cur ergo non diem fit in stipulatione, eum ita dico quod te dare oportet? duabus de caussis. Primum quia, non ut stipulatio semel atque uno tempore perficitur, sic et judicium: sed hoc tractatum habet temporis; unde evenit, ut qui ab initio rem principalem petiit in judicio, si eam deinceps et singulis ejus judicii diebus petere intelligatur: ac per rem intelligatur quoque quotidie petere ejus rei accessiones, hæ enim rei cohærent. Deinde in judicio quidquid istarum accessionem venit post litem contestatam, non tam ideo venit, quia contineatur supra scriptis verbis petitionis, quam quod Judici statim atque Judex factus est, omnium rerum officium incumbit. quæcunque in judicio seu in causa versantur, ut scriptum est in *L. ædiles*, §. *item sciendum, supr. de æd. ed.* In stipulationem contra cum semel res præsentes deductæ sunt, ideo non veniunt quæ postea sequuntur, quia semel contracta non iterum, nedum quotidie repetitur: et præterea in hac nihil æquitati Judicis committitur ultra, quam stipulationis verbis comprehensum est. *L. quia tantumdem. supr. de neg. gest. et Inst. de oblig. ex cons.* † Sane si quæ 5
sint prætoriæ stipulationes, quæ judicii instar obtineant, etiam in his judicii regulam circa rei promissæ accessiones recte sequimur: talis est autem satisdatio legatorum servandorum caussa. *L.* **1.** *in pr. infr. de præt. stip.* Et ideo recte sentiunt, qui monet ob hanc caussam fieri, quod scribitur de hoc genere in *L.* **1.** §. *bellissime. supr. ut leg. seu fid. no.* hanc videlicet stipulationem ex mora fructuum, et usurarum incrementum habituram, ut id quod oportebit: comprehendat.
† Sed quod hic dicitur in in judicis etiam 6
futurum deduci, quomodo accipiendum sit, videndum est; alioqui pugnabunt illæ sententiæ. Non posse videri in judicium venisse, quod post judicium acceptum acciderit. *L. non potest, supr. de jud.* Item, Judicium esse non posse de his rebus, quæ postea in obligationem adventuræ sunt. *L. non quemadmodum, supr. de jud.* De fructibus, inquam, et accessionibus rei petitæ, omnique causa hoc dictum est, in judiciis deduci etiam futurum; hæc enim, ut dixi, etiam deducuntur, aliter atque in stipulatione, in quam his verbis: *quod te oportet*, ne accessiones quidem hujusmodi, quæ postea contingunt, veniunt; præterquam in prætoriam illam, quæ legatorum servandorum causa interponitur. Quod si quid petitur principaliter, id si est futurum, idest, si nondum nostrum est, aut nobis debetur, in judicium deduci non potest, ut ita judicium sit in pendenti, donec nostrum fiat, aut nobis deberi incipiat. Nam cum omnis actio aut sit de eo quod nobis debetur si est in personam; aut de eo quod nostrum est, aut velut nostrum, si est in rem. §. **1.** *Inst. de act. L. actionum. supr. prox. tit.* perspicuum est natura actionis hoc effici, ut de eo quod nec nostrum est, nec debetur, agi non possit. Id vero est, quod superioribus sententiis demonstratur: nam ad accessiones rei petitæ, seu ad causam, quæ in judicio versatur post litem contestatam, non pertinent. Posterior quidem de iis quæ debebuntur postea, seu quæ in obligationem adventura sunt, aperte concepta est *d. L. non quemadmodum.* Porro accessiones quæ post litem

contestatam veniunt, officio Judicis magis præstantur, quam proficiscuntur ex obligatione, *d. L. ædiles*, §. *item sciendum*, *de æd. ed.* Prior autem illa, non posse videri in judicium venisse, quod post litem contestatam accidit, posset videri generaliter scripta esse, ut pertineret, etiam ad fructus et similis accessiones, quæ postea accidunt; nisi in *d. L. non potest*, ubi hæc sententia legitur, addita essent hæc verba, *ideoque alia interpellatione opus est:* quæ verba declarant auctorem de eo sentire, quod cum acciderit postea, ad id consequendum principali interpellatione et actione sit opus; quod in accessionibus locum non habet, quæ quandiu res petitur, tandiu satis per consequentiam peti intelliguntur, cum ejus rei partes sint.

Ad L. *Ad diem.* 77.

Idem *lib. LVIII.* ad Edictum.

Ad diem sub pœna pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur pœna, licet non sit hereditas ejus adita.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio pœnalis, quæ diem certum habet, lapsu diei omnimodo committitur.*
2. *Promissore mortuo, an et quomodo jacente hereditate pœna committatur.*
3. *Promissori ejusve heredibus, qui pecuniam sua die non solverint, an quo casu pœnæ sit deprecatio.*
4. *Creditore pecuniam accipere recusante, quomodo debitori, ne usuras et pœnam pecuniæ non secutæ debeat, consulatur.*
5. *Pœna ex compromisso debita, si sua die creditori sit oblata, isque accipere eam noluerit, ipso jure non committitur, et quæ ratio.*
6. *Culpa quæ in specie proposita esse intelligatur.*
7. *Heres promissoris an in integrum restituatur, ut pœnam commissam non exsolvat.*

1 Cum quis stipulatus est pecuniam certa die sibi reddi, et nisi ad diem soluta esset, pœnam, id est, pœnæ nomine usuras, ut est species *L. lecta*, *supr. si cert. pet.* placet pecunia sua die non soluta, pœnam omni modo committi sive promissor in ea solvenda moram fecerit, sive non fecerit, quod his rebus declaratur. Non enim solum visum est hoc casu committi pœnam, si eo die, qui primus solvendæ pecuniæ fuit, esset, qui eam pecuniam deberet, quamvis is non esset interpellatus, de quo extat responsum Africani in *L. trajecticiæ*, *supr. prox. tit.* confirmatum in *L. magnam*, *C. de cont. et com. stip.* sed hoc amplius, etsi nullus esset constituto die, qui deberet pecuniam; veluti si promissore ante diem mortuo nemo ei veniente die heres extiterit, quod hic traditur, *et L. ult. supr. de nau. fœ.* Quod placet non esse necesse in hac caussam promissorem interpellari, minus mirum videri debet. Ut enim vellemus sine mora promissoris pœnam non committi, tamen satis moram facere, qui non solveret sua die cum posset et sciret se debere, satisque interpellaretur
ipso stipulationis die, *d. L. magnam.* † At 2
eum eo die nullus est, qui debeat, non absre potuit dubitari, an hoc casu pœna committatur; hic enim apparet nihil imputari posse neque promissori, neque heredi, cur non solveret: denique neutrum in eo moram fecisse: non promissorem, quia ante diem non solvendo nemo moram faciat. *L. cum filiusfam.* §. *ult. sup. eod.* Non heredem, qui post diem extiterit, quia is ipso die quo pecunia solvi debuit, non fuerit heres, eoque nihil tum debuerit; et nulla mora intelligitur fieri ab eo, a quo pecunia peti non potest. *L. lecta*, *ver. sed cum sortis*, *supr. si cert. pet. L. nulla*, *infr. de reg. jur.* Nam putare hereditatem iacentem moram facere, cum nemo solvit hereditario nomine, ineptum est; etsi enim hereditas sustinet personam defuncti, eoque et ipsa debere intelligitur, quod debuit defunctus. *L. hereditas*, *supr. de acq. ver. dom. L. mortuo*, *infr. de fid.* Tamen ad moram faciendum non est satis debere, nisi qui debet, et sciat se de-

here, et possit per rerum naturam solvere.
L. quod te, supr. si cert. pet. quorum neu-
trum in hereditatem rem inanimatam, et
juris intellectu tantum, non natura consi-
stentem cadere potest. Et tamen pœnam in
proposito committi, hic scriptum est. *et d.*
L. ult. supr. de nau. fœ. nempe, ut sic plane
intelligeretur, quod dixi pecunia ad diem
non soluta pœnam committi, etsi neque
promissor, neque heres ejus ullum in pe-
cunia solvenda moram fecerit. Quod recte
placuit; hic enim promissa est pœna non ex
mora, sed sub conditione: quæ si existet,
stipulationem committi necesse est, ut acci-
dit in omnibus stipulationibus sub conditio-
ne contractis. *L. a Titio. infr. eod. §. sub*
conditione, Inst. eod. Fuit autem hæc condi-
tio, si pecunia sua die soluta non esset: ac
solutam non esse verum est, quocunque mo-
do factum sit sine stipulatoris culpa, quomi-
nus ea solveretur: proinde quicunque erit
is casus, pœna ex conditione committetur.
Et hoc est, quod dicitur, in pœna solum in-
spici, quæ sit quantitas, quæque conditio
stipulationis. *L. stipulatio ista. §. alteri supr.*
3. *eod.* † Omninoque ita statuendum est, nul-
lam esse pœnæ deprecationem promissori
ejusve heredibus, qui pecuniam sua die non
solverint, nisi his alioqui paratis solvere,
aliquid inciderit in persona creditoris quo-
minus ei pecunia solveretur; quod si contin-
gat, recte hoc quoque placuit inculpatam
esse debere moram ejus temporis. Id autem
his modis accidit, si aut nemo fuit, cui solvi
posset; *L. pecuniæ. §. 1. supr. de usur.*
aut cum offerretur pecunia creditori, per
eum stetit, quominus acciperet. *L. pen. supr.*
de nau. fœ. Ac si per creditorem fiat, quo-
minus pecuniam oblatam accipiat, manife-
sta æquitas, et certi juris regula dictant hic
esse, quod ei nocere debeat, nempe ipsius
moram. *L. in condemnatione, §. unicuique,*
infr. de reg. jur. L. qui decem, infr. de sol.
Cum autem creditor non extat, cui solvi
possit, non continuo est hic, quod illi queat
imputari, quamobrem abfuerit: quid enim,
si abfuit Reipubl. causa? quid, si etiam
decesserit, nec quisquam exstiterit, qui adi-
rent ejus hereditatem? sed tamen non deest
ne hic quidem ratio, cur debitori hoc casu
cessatio sua nocere non debeat. Sed enim
creditor abest vivus, sive etiam moriendo
esse desiit, semper in eo factum aliquid
ejus subesse intelligitur, quod debitori ob-
stet, quominus etiam si velit, possit solvere.
Si quæritur, hoc factum utri potius nocere
debeat, omnes statuere debebuntur, æquius
esse ipsi nocere, quam adversario juxta re-
gulam juris: factum cuique suum, non ad-
versario nocere debet. *L. factum, infr. de*
reg. jur. Interim pecunia sua die non so-
luta etiam his casibus pœna ipso jure com-
mittetur: adeo verum est, quod hic traditur,
conditione stipulationis existente sine alia
mora pœnam committi: sed petenti doli
mali exceptio obstabit, non tantum si post
mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia
solveretur, in qua specie nominatim da-
tur hæc exceptio in *d. L. pecuniæ, §. 1.*
supr. de usur. sed etiam si ultro oblatam
a debitore pecuniam sine causa recusavit.
† Nam ut usuras non debeat, eoque nec 4
pœnam pecuniæ non solutæ sic promissæ
consequitur, si recusante creditore pecuniam
accipere, eam obsignet et deponat; ut obsi-
gnatio cedat pro justa solutione. *L. si credi-*
trici, L. acceptam, C. de usur. Et ideo in *L.*
pen. supra, de naut. fœ. cum proponeretur
creditor pecuniam quæ sub pœna debebatur,
non accepisse, cum offerretur a debitore,
responsum est non pœnam non committi,
sed pœnam peti non posse: commissa erat
pœna videlicet ipso jure, et debebatur; sed
peti non potest obstante doli exceptione. *L.*
nihil interest, infra, de regulis juris. Et certe
pecunia creditori non soluta, etiam si per
creditorem factum sit, quominus solveretur:
tamen semper verum est eam solutam non
esse: quo fit, ut secundum verba existen-
te conditione una etiam stipulatio pœnæ
committatur; sed non est æquum eam exi-
gi, unde exceptio *L. qui, decem, infra, de*
sol. † Alia causa est ejus pœna, quæ de- 5
betur ex compromisso: Nam si reus ab ar-
bitrio pecuniam certa die dare jussus, eam
sua die obtulerit creditori, et is accipere
noluerit, placuit ipso jure pœnam non com-
mitti. *L. Celsus, §. ult. supr. de recep.* Ne-
que id sine summa ratione; in compro-
misso namque non promittitur pœna sub
conditione, si quis pecuniam certa die non
solverit; sed si non paruerit arbitri sen-
tentiæ. *L. in diem, §. stari, et §. ult. L. non*
ex omnibus, sup. de recep. Is porro paruit
sententiæ arbitri, qui certa die dare jussus,
pecuniam, ut jussus erat, ad diem creditori
obtulit, etiam si ille accipere recusarit. Ut
enim definitur in *d. L. Celsus, §. ult.* ni-
hil aliud est sententiæ stare, quam id agere,
quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sen-
tentiæ: quod is fecit, qui ita pecuniam ob-
tulit. Estque omnino verisimile, ideo subje-
ctum fuisse eo loco responsum de illa obla-
tione debitoris, de qua diximus, ut in eo
velut exemplo esset definitio superior exposi-
ta, simul etiam ut intelligeremus, quod pro-

haretur in ea specie pœnam ipso jure non committi, non temere dixi; sed consequens esse priori definitioni: cum reo ita offerente, ut diximus, atque hoc modo juxta definitionem stante arbitri sententiæ deficiat conditio compromissi. Sed de his alias pluribus, et fortasse commodius: summa tamen huc redit ad hunc locum omnino pertinens, primum ut confirmetur id, quod in hac commissione pœnæ, de qua hic agitur, intelligi volumus, adeo pecunia ad diem non soluta pœnam committi citra ullam debitoris moram, ut etiam tunc committatur, cum debitore parato solvere, creditoris factum, idest, vel absentia, vel mora illi obstitit, quominus solveret: tum ut intelligatur, quod hic maxime de effectu pœnæ commissæ statuendum fuit, nisi quid promissor creditoris facto excusetur, quod sua die pecuniam non solverit, quæcunque res in illius persona inciderit: quominus solveret, pœnam jure committi, et ita committi, ut nulla obstet exceptio creditori pœnam persequenti. Verum tamen hic etiam unus scrupulus restat. Nam in *L. si homo, supr. eod.* diximus pœnam sine culpa et delicto esse non posse. *L. aliud est fraus, infr. de verb. sig.* Quod si verum est; quomodo hic pœnam
6 commissam esse defendemus? † Ego vero id ipsum hic quoque verum esse fateor: sed et in hac specie in promissore culpa est, si pecunia sua die soluta non sit; non quidem culpa in eo, quod prius non solverit, dum viveret quia ante diem non debuit: sed in eo, quod non providerit saltem, ut pecunia sua die recte solvi posset se mortuo: potuit enim curare, ut si quid sibi humanitus contingeret, esset aliquis, qui pecuniam haberet in numerato, et dissolveret: potuit etiam deponere in tutum aliquem locum, unde creditor posset accipere ad diem. Quod si non providit aliter evenire posse, ut pecunia ad diem non solvatur, hoc ipsum culpa est saltem levissima. *L. si quis domum, §. 1. ver. idem, supr. loc. L. si putator, supr. ad leg.*
7 *Aq.* † Sed an in proposito ex hac caussa, quod ante diem mortuo promissore et hereditate non adita pœna commissa est, heres in integrum restitui possit; quæsitum est. Et si minorem esse proponas, poterit in integrum restitui, ut sibi abstinere liceat. *L. ait, §. non solum, supr. de mi. L. 1. C. si mi. ab here. se abst.* quod si retenta hereditate tantum adversus commissionem pœnæ desideret in integrum restitutionem, non audietur. Sic enim sententia est Pauli in *L. Æmilius, supr. de min.* et ea sententia, quæ decreto Imperatoris, quod illic refertur, nullo modo infirmetur, quoties pecunia certa die solvi debuit, et nisi soluta esset, convenit pœnæ nomine ut quid sequeretur, puta, ut in emptione fundus venditus esset inemptus, aut ut pignus liceret creditori vendere, idque juxta legem distractum est: toties pecunia non soluta pœnam committi, et quamvis dies solvendi et committendæ pœnæ in tempus minoris inciderit: nihilominus cessare in integrum restitutionem; hac ratione, quod defunctus ipse, non heres ejus contraxerit. Quo significatur in re quæ a defuncto descendat, ipsius personam spectandam esse, non heredis, qui cujuscumque modi sit, postquam in locum et jus defuncti succedit, ejus quoque jure per omnia uti debeat. *L. qui in jus, infr. de reg. jur. L. quædam, §. 1. supr. de ed.* Itaque nec si heres sit minor, aut etiam pupillus, quidquam immutatur de conditione obligationis, quæ futura esset, si promissor adhuc viveret: et vero iniquissimum esset beneficium ætatis nocere ei creditori, qui nihil cum pupillo contraxerit. *L. 3. sup. quib. ex caus. in pos. eat.* Quod si heres minor in hac causa restitui non potest, ne commissam pœnam præstare debeat; quo jure major poterit? Atqui etsi minor posset ex hac causa restitui, quia dies committendi in ipsum incidisset, quo nomine ipsius ætatis aliqua venia digna esset: tamen in majore nulla omnino causa esse potest, quæ illi in hac specie tribuat in integrum restitutionem. Mitto, quod heres in obligationem defuncti succedit: cujus obligationis conditio ex persona heredum non immutatur. *L. 2. §. ex his, sup. eod.* Hoc dico edictum, quod est de in integrum restitutione majorum, aperte refragari, quominus heres quisquam major adversus superiorem pœnæ commissionem restituatur: toto enim edicto, nec minus illa clausula edicti, *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam,* pollicetur Prætor in integrum restitutionem iis solum, qui inviti, et necessitate rerum impediti, non voluntate sua, non culpa inciderunt in captionem. *L. non enim, L. sed et si, §. ult. sup. ex quib. caus. ma.* At in proposito nullum est tempus, cum si tenetur heres ex stipulatione pœnæ, non teneatur aut suo ipsius facto, et culpa, aut certe volens, non invitus, nedum coactus; nam si dies solvendi in eum incidit, cum jam hereditatem adiisset, ipsius culpa est, si pecuniam sua die non solvit; nec profecto magis convenit eum ex hac causa impetrare restitutionem, quam conveniret eam tribui promissori, si viveret, atque idem fecisset. Quod si ante aditam hereditatem dies finita est,

et pœna commissa, de qua specie hic agitur: aperte ipsius voluntate atque adeo velut contractu fit, non ulla necessitate, si ea obligatione postea teneri incipit. Obligat quidem nos hereditas æri alieno hereditario etiam invitos, sed postquam quæsita est. *L. mort. supr. de acq. her.* non quæritur autem, nisi volenti, atque adeo nisi destinatione animi, et certa scientia, aut adeundo, aut pro herede gerendo, cum scias hereditatem tibi esse delatam. *§. ult. Inst. de her. qual. et diff. L. in totum, infr. de reg. jur.* Quo fit, ut si quis ita agnoscendo obligatur æri alieno, et si pœnæ, de qua quærimus, is ideo obligetur, quia obligationem hereditariam volens in se susceperit, vel potius quia se in eandem caussam obligavit; denique quia contraxit cum creditoribus, nam et qui adit, contrahere videtur, et qui se immiscet hereditati. *L. 3. in fin. et L. seq. supr. quib. ex caus. in pos. eat.* Hoc vero cum fecit heres, certum est factum ad edictum de restitutionibus majorum non pertinere; et sane nihilo rectius desiderare potest in integrum restitui, ne hac pœna teneatur, cui se subjecit, quam ut sibi ab hereditate, quam sponte agnovit, abstinere liceat. Postremo sic statui debet, ex stipulatione hereditaria, quæ a defuncto descendat, conditione stipulationis existente obligari heredes, sive velint, sive nolint, et sive per eos factum sit, quominus fieret, quod promissum est, sive factum non sit; idque sine ulla spe in integrum restitutionis adversus eam obligationem impetrandæ. Ad quod probandum unum hoc exemplum abunde sufficiet; cum enim quis promisit neque per se, neque per heredem suum fieri, quominus mihi ire agere liceat: si unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, placet sic committi stipulationem in solidum, ut cæteri coheredes unius facto obligentur, quantumvis nihil ipsi fecerint, atque adeo quantum in se est, ne quis prohiberet, obstiterint. *L. 2. §. item si in facto, L. 4. §. Cato. supr. L. in executione, §. quod si stipulatus, infr. eod. L. heredes, §. in illa. supr. fa. erc.* At quamobrem, cum non debeat factum alterius nocere ei qui nihil fecit? *L. de pupillo, §. si plurium. supr. de op. no. nunc.* quia non ex coheredis facto hæc obligatio nascitur, sed ex stipulatione hereditaria, cujus conditio extitit. *L. inter, §. quod ex facto, supr. fa. erc.* Inauditum est autem cæteris coheredibus adversus hanc obligationem restitutionem dari: sed una his datur actio familiæ erciscundæ adversus eum, cujus facto stipulatio est commissa. *d. L. 2. §. item si, supr. d. L. in executione, §. quod si stipulatus, infr. eod. d. L. heredes, §. quod ex facto, fa. erc.* Quare et in proposito de stipulatione pœnali hoc idem circa heredes probandum est, ut si conditio stipulationis extiterit, idest, si pecunia sua die soluta non erit, quamvis id contigerit nondum adita hereditate, quo tempore nemo fuit, qui pœnæ futuræ occurreret solvendo; tamen heres teneatur nihilominus; quia obligatio hæc non ex mora heredis nascatur, aut alterius cujusquam, sed ex stipulatione hereditaria, cujus conditio extiterit pecunia non soluta.

Ad L. *Si filiusfamil.* 87.

Idem *lib. LXII.* ad Edictum.

Si filiusfamilias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectantur: quo contrahimus.

SUMMARIA.

1. *Quæstio hujus L. in quo versetur.*
2. *Conditionalis stipulatio a filiofam. interposita, cur acquiratur patri etiam si post filii emancipationem existat conditio. Excipiuntur ab hac definitione aliqui casus.* et n. 4.
3. *In conditionali stipulatione filiifam. acquirenda, an id tempus, quo contrahitur, debeat spectari.*
5. *In legatis filio sub conditione relictis, tempus existentis conditionis spectari.*
6. *In stipulationibus et legatis conditionalibus, quæ differentiæ ratio.* et n. 8.
7. *Reincit falsum esse, quod dicitur, in stipulatione conditionem retrotrahi ad id tempus, quo contracta est: In legatis non retrotrahi ad tempus testamenti aut mortis.*
9. *Definitionem generaliter hic conceptam,* in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus, *ad propositam solum quæstionem referri, nec longius producendam.*

1 Cum filiusfamilias sub conditione stipulatus pendente conditione emancipatus est, dubitatum est, si conditio existat postea, utri actio ex ea caussa competat, patrine, cujus in potestate olim fuit, qui stipulatus est; an filio, qui quo tempore existit conditio, et quo primum obligatio nata est, sui juris esse reperitur. Quæstio in eo est, quo tempore placeat stipulationem conditionalem a filiofamilias interpositam patri per filium acquiri; seu, quod idem est, quod tempus placeat spectari ad eam stipulationem acquirendam, idne quo contrahitur, an id quo conditio existit. Nam si placet tempus contractus spectari, ut ex eo tempore stipulatio acquiratur, si potest; erit quæsita in proposito statim: filium enim familias proponimus stipulatum esse, per quem patri acquiri posse constat. §. 1. *Instit. per quas pers. nob. ac.* Unde eveniet, ut si quando conditio existat postea quamvis filio jam ante emancipato, tamen actio in omnem eventum sit patris, utpote nata ex ea stipulatione, quæ jam certo patris esse cœperat. Quod si placet stipulationem ex eo tempore primum acquiri posse, quo conditio existit, eoque id tempus spectari non aliter ex hac caussa patri competet actio existente conditione, quam si filius eo tempore in potestate fuerit: nam per eum, qui sui juris est, patri quæri nihil potest; qua in caussa cum proponatur filius esse cœpisse, cum conditio exstitit; hoc relinquetur in proposito, ut neque obligatio neque actio ex conditionali stipulatione patri acquiratur. ✝ In hac re versari quæstionem intelligens Paulus, de quæstione proposita ita definit: etiam ex conditionali stipulatione filiifamilias semper patri actionem competere, si conditio exstiterit quamvis filio ante emancipato: quia in stipulationibus id tempus spectetur, quo contrahimus: significans quod dixi, quia in acquirendo spectetur, ideo etiam eo tempore jam a principio quæsitam esse stipulationem patri, quoniam tum filiusfamilias fuerit, qui stipulatus est, idest, in ea caussa, ut patri acquirere potuerit: quæsita patri stipulatione non potest, quin sit patris omnis obligatio et actio, quæcunque inde postea nata fuerit. Et si quidem constet in stipulationibus id tempus spectari, quo contrahimus, omnia in hac acquisitione sunt expedita: hoc enim posito jam à principio stipulationem patri acquiri, cum potest, quid de jure stipulationis sequatur, apparet. Sed hæc ipsa sententia quæstionem habet. De conceptione ipsa dicam postea, quam recte generaliter concepta sit. 2

✝ Quod ad rem propositam attinet, de ipso non immerito dubitari potest, an in conditionali stipulatione filii acquirenda, de quo agitur, id tempus spectari debeat, quo 3

contrahitur ut sic res omnis jam tum patri acquiratur per filium, etiam si maxime tunc filius fuerit in patris potestate. Quod enim placet acquiri patri, quod filiusfamilias pure stipulatus est, aut in diem, etiam si ante quam dies venerit, cœperit filius esse sui juris, non mirum: subest enim utrobique jam a principio res, quæ patri acquiratur: obligatio nimirum, quæ ex utraque stipulatione statim nascitur. Nam et cum quid promittitur in diem, præsens obligatio est, etsi in diem differtur petitio. *L. cedere, infr. de verb. signif. L. centesimis, supr. eod.* inde nec quidquam de his stipulationibus per filium patri statim acquirendis proprie et speciatim a veteribus traditum legimus, quia res esset extra controversiam. At conditionali stipulatione interposita, prius quam conditio exstiterit, stipulatio nulla est; certe pro nulla habetur. *L. quoties, infr. de novat.* quippe ex qua pendente conditione non modo non actio sed ne obligatio quidem nascatur: sine quibus stipulatio est inutilis, *d. L. cedere, infr. de verb. sig.* absurdum est autem dici quidquam tunc per filium acquiri patri, cum nihil est, quod acquiratur. Sed recte veteres: non est enim obligatio nata ante, quam conditio exstiterit: et hanc quoque verum est ab initio patri acquiri non posse: nam ne sic quidem acquireretur ei, etsi ipse sibi sub conditione esset stipulatus. Sed nihilo minus certum est subesse jam a principio stipulationem, quamvis interpositam a filio sub conditione: cui stipulationi et spes adjuncta, fore ut aliquando debeatur cum scilicet conditio exstiterit, *§. ex conditionali, Inst. eod.* hanc ipsam stipulationem, atque hanc spem statim patri acquiri dicimus. At enim, dixerit aliquis, stipulatio per se sejuncta ab obligatione nihil est: certe non res, quæ ab uno in alium possit transferri: stipulatio enim ut cæteri contractus, facti est, consistens in interrogatione et responsione: quarum utraque est sonus tantum, qui postquam emissus est, non manet, sed statim evanescit: ut non videatur hæc conceptio verborum a filio in patrem transferri posse. Et fateor stipulationem cæterosque contractus omnes non esse res ejusmodi, quæ tanquam subsistentes possint ab uno transire in alium; sed non eo minus verum est stipulationem a filio quamvis sub conditione interpositam statim patri acquiri: non utique tanquam quæsitam a filio, a quo deinde transeat ad patrem: sed tanquam interpositam et quæsitam a patre ipso, qui in ea interponenda usus sit ministerio et voce filii. Neque id fingatur fieri ex æquo et bono tantum præter rationem Juris Civilis; sed ratione juris nota certo efficitur: placet enim, cum de acquirendo agitur, vocem filii intelligi vocem patris: vocem servi videri vocem domini. *§. ei vero. et §. post mortem. Instit. de inut. stip.* Quo posito manifestum est hoc effici, quidquid filius aut servus stipulantur, id perinde accipiendum, quasi pater ipse, aut dominus stipulatus esset, non filius aut servus. Quæ posterior sententia etsi per se certo colligitur ex priore: tamen ne eo minus sorte certa sit, quia collectione nostra efficitur, etiam expressa est in *l. quodcunque. sup. eod.* Nemo autem dubitat, quin si pater stipulatus esset sub conditione illius esset obligatio et actio, quandocunque exstitisset postea conditio, et quocunque in statu esset ejus filius, ad quem stipulatio nihil pertineret. Quapropter et cum filius eodem modo stipulatus erit, tunc quoque ex regulis et ratione juris certa idem dicemus. Quod si stipulatio interposita a filio quamvis sub conditione, statim acquiritur patri, unde et actio et obligatio ejus futura est, quandocunque conditio exstiterit; licet jam intelligere, quo modo accipi debeat, quod dicitur, quod stipulatur is qui in alterius potestate est, ei cujus est in potestate, tum patri tum domino acquiri. *L. acquiruntur, §. 1. supra, de acq. rer. do. L. quodcunque, sup. eod.* Nempe hoc modo, ut acquiratur statim, et in universum, sive stipuletur pure sive in diem, sive sub conditione. De duobus quidem prioribus generibus nihil nominatim cavetur; quia de his nulla est quæstio propter præsentem obligationem, quæ utrinque nascatur: at de stipulatione conditionali dubitari potest, si cum conditio exsistit, filius inveniatur sui juris, quia ante nulla fuerit obligatio, quæ patri quæreretur, atque hinc de ea nominatim præcipitur: sed ita, ut de cæteris multo magis idem probandum esse intelligamus. † Illud tamen cavendum dili- 4
genter in hoc genere, quod dicitur, conditionalem stipulationem filii acquiri patri, etsi exsistente conditione filius cœperit esse sui juris, sic accipiendum esse; si nihil aliud acquisitioni obstet, quam ea de qua sermo est filii emancipatio. Cæterum quominus acquiratur, aliæ causæ possunt efficere: quæ si quando incident, intelligendum erit non pugnare eas cum hoc loco, in quo hoc impedimentum solum acquisitionis removetur, si exsistente conditione filius sit emancipatus. Generaliter autem definire possumus, in universum accidere, ne filii stipulatio conditionalis patri acquiratur, cum tempore exsistentis conditionis filius sui juris invenitur,

quoties deducitur in obligationem id, quod patri acquiri non potest. Id autem contingere dupliciter; vel obstante rei deductæ natura, vel prohibente promittentis voluntate stipulatione comprehensa. Sed quoniam est in his duabus causis aliquid proprium, quod observetur, et una species ex his incidit postea in *L. quidam*, §. *ult. infr. eod.* visum est esse commodius utriusque explicationem pleniorem in eum locum rejicere, ne cœptæ interpretationis cursus paulo longiore exceptione impediator. Enimvero si quid erit, quod per se possit patri acquiri (redeo enim ad definitionem propositam) stipulatio conditionalis, quæcunque erit a filio interposita, acquiretur patri omni modo, idest, etiam si emancipato postea filio conditio exstiterit, qua de re nunc agimus. Sed in stipulationibus, inquam, probatum hoc est si a filiofamilias aut servo contractæ sint, et de his acquirendis agatur, spectari debere id tempus, quo contrahitur, ut exinde patri, dominove stipulatio etiam conditionalis acquiratur. Alia causa est legati sub conditione filio relicti; unde discriminis causa nominatim hic additum est, *in stipu-*
5 *lationibus*. † In legato placuit spectari tempus exsistentis conditionis: ut si quidem eo quoque tempore filius sit in potestate, utique quidem solidum legatum acquireretur patri: *L. si uxorem. C. de cond. inf.* §. 1. *Instit. per quas per nob. ac.* hodie ex Justiniani constitutionibus sic acquiratur, ut proprietas sit filii: usus-fructus patris: ipsa autem actio ita patris, ut eam solus possit exercere *L. ult.* §. *ubi autem C. de bon. quæ lib. Instit. per quas pers. no. ob. acq.* Quod si eo tempore filius sui juris sit puta ante quam conditio exsisteret, emancipatus; hic utroque jure legatum in solidum acquiritur filio, nihil patri: quia si ex eo tempore res æstimatur, ut æstimandam esse volumus, tunc legatum acquiratur, cum patri per filium quæri nihil potest. Quod eadem ratione receptum est quia si quid nobis similiter sub conditione legatum esset et pendente conditione decederemus, placuit legatum ad heredem nostrum non transire. *d. L. si uxorem, C. de cond. inst. L. quæ legata, infr. de reg. jur.* † 6
Sed cum conditio pariter suspendat obligationem, nec minus in stipulatione, quam in legato: *L. cedere, infr. de verb. sig.* cur non pariter spectamus in utroque genere aut id tempus, quo conditio existit: aut id quo primum res sub conditione defertur? nisi enim in caussis eandem obligationem, eandemque conditionem habentibus, idest, ut videntur, plane paribus, ostenditur differentiæ ratio, quominus alterutrum videatur inique constitui, effugere non possumus. Arg. *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Quia, inquit (1) Bartolus, in conditionalibus stipulationibus existens conditio retro trahitur ad id tempus, quo res contracta est. *L. necessario*, illic, *idem Pomponius, supr. de per. et com. rei vend. L. qui balneum, L. potior. supr. qui pot. in pig. hab.* in legatis non trahitur retro ad tempus testamenti, aut mortis. *L.* 1. §. *servo supr. de senat. Sila.* Quam rationem a quibusdam tantopere probari, et nova ratione converti miror: qua non nescio, an quidquam sit ad id de quo agitur, probandum ineptius, aut nugatorium magis, etiam si quis istorum utrumque verum esse dederit. Ego enim multo citius intellexero, cur in stipulatione conditionali tempus contractus spectandum sit, etiam si nihil addatur aliud; quam cur conditione existente jam ab initio videatur pure contracta stipulatio; quod enim tempus interpositæ stipulationis spectamus, non adeo mirum est, cum jam tum stipulatio esse cœperit, quam spectare possemus secundum naturam. At cum conditio extitit multo post stipulationem contractam, existimari tamen eam jam ab initio extitisse, aut etiam omnino adjectam non esse, cum natura quodammodo ipsa pugnare videtur: certe natura fieri non potest. Quod si adjecerimus præterea, etsi retro trahitur conditio in stipulationibus, in legatis tamen non retro trah; hic vero etiam dubitatio conduplicatur; cum

(1) Uti et Hot. 5. *Obs.* 13. Quam et probant inde quod contractus plurium consensu, ideoque major illi vis ad retrotrahendum, quam legatis, quæ unius voluntate nituntur. *Zas. in d. L.* 78. *n.* 89. Male. Quia voluntas testantis, etiam solius, firmissima. Et Cujac. ad. *d. L.* 78. ejus rationem hanc esse: Contrahentes id agunt ut et successioni ac posteritati prospiciant. Ergo quo heredibus possit proficere iste contractus, si moriatur aliquis pendente conditione: statuendum est, vires ejus statim initio exsistere. Qui legat, legatarium solum; non illius posteritatem spectat. Quare si pendente conditione moriatur legatarius, legatum extinguitur. Quod ex hac ratione admissum utrinque in uno casu, ut legatum non nisi ex eventu conditionis; contractus conditionalis statim vires accipiat, perpetuum erit, ac in reliquis casibus obtinebit. Quæ quam fragilia sint perspectu facile, ac scire refellit A. Fabr. 15. *Conj.* 6. *pag.* 180. quia filiusfamilias stipulans quomodo censebitur consulere velle heredi, qui quandiu filiusfamilias, non potest habere heredem. Quin id potius agit ut acquirat patri.

enim dicitur tempus contractus in stipulationibus spectari, in legatis autem tempus existentis conditionis; in eo distinguuntur stipulationes a legatis: quæ distinctio ipsa per se non est improbabilis, sunt enim hæc genera diversa. Cum autem dicitur conditio existens retro trahi in stipulationibus, in legatis non item; hic absurdum quiddam dici videtur, ut res eum sint non similes, sed plane eædem, distinguantur tamen aliæ ab aliis; nempe conditio, quæ injuncta est legato, ab ea quæ adjecta est stipulationi, etiam si sit eadem conditio. Quod si quis dicet conditionem existentem retro trahi in stipulationibus non propter se, sed propter naturam stipulationis; in legatis non retro trahi, sed id propter naturam legati: an nun animadvertit in eo se eodem revolvi, atque hoc dicere, ideo in stipulationibus conditionem existentem retro trahi ad tempus contractus, quia natura negotii id postulat ut id tempus spectemus; contra in legatis non retro trahi, quia horum natura non ferat, ut spectemus aliud tempus quam existentis conditionis atqui de hoc ipso erat controversia cur in stipulationibus tempus spectetur contractus, in legatis existentis conditionis tempus. Ita pro ratione hic affertur id ipsum, quod quæsitum erat: quod rationis genus quale sit, vulgo notum est. Atque hæc ita sunt, etsi quis concederet verum esse in stipulationibus conditionem retro trahi ad id tempus, quo stipulatio contracta est; in legatis non retro trahi ad tempus testamenti aut morti: nunc autem ne quis in his explicandis valde labo-
7 ret, (2) utrumque falsum est. † De conditione stipulationi adjecta hæc argumenta sunt. Nam si emptio sub conditione contracta sit, et pendente conditione res perierit; quamvis deinde exstiterit conditio, non est tamen emptoris periculum, sed emptio perimitur. *L. necessario, §. quod si pendente, supr. de per. et com. rei ven.* Non ergo hoc casu existente conditione perinde habetur, quasi ab initio pure emptio contracta esset: alioqui periculum esset emptoris, *d. L. necessario*, illic, *quod si extiterit*, idest, nihil deberetur emptori, et nihilominus venditor pretium possit petere. *L. ult. C. de per. et com. rei vind.* Item, si quis stipuletur rem suam sub conditione, et pendente conditione res aliena esse cœperit, deinde existat conditio, stipulatio valet, *L. si rem meam, supr. eod.* Non ergo retro trahitur conditio ad id tempus, quo stipulatio interposita est, ut id tempus spectetur; alioqui stipulatio esset inutilis, eum eo tempore res stipulantis fuerit; nemo autem rem suam utiliter stipuletur. *§. 1. Inst. de inut. stip.* Item, si Stichum qui pure mihi debetur, stipuler sub conditione novandi animo, et pendente conditione Stichus decesserit, quamvis conditio existat postea, tamen novatio non continget; quia non subsit res eo tempore, quo conditio impletur *L. quoties, infr. de novat.* Non ergo ne hic quidem conditio existens refertur ad id tempus, quo posterior stipulatio interposita est; nam hoc tempus si spectaremus, novatio fieret, eum eo tempore res fuerit, quæ ex stipulatione posteriore deberetur. Hæc de conditione stipulationi adjecta. E converso et hoc accidit in legatis, ut (3) conditio legati postea

(2) Quod et sic ostendit, Faber. *Cap.* 6. *p.* 182. In obligationibus ad diem certum attenditur tempus contractus, tanto magis, quanto illæ viciniores puris quam conditionales. Nec quisquam tamen dixit diem certum retrotrahi.

(3) Quamquam si ἀκριβῶς loqui velimus, conditio nunquam retrotrahitur, tametsi sæpe, post quam exstitit conditio; perinde habetur ac si pure contracta esset stipulatio, quia obstaculum puritatis sublatum. Ant. Fab. *d. Cap.* 6. *pag.* 181. cum quo tamen non sentio in eo quod vult conditionem esse meram privationem, ac per consequens nihil, nec igitur retrotrahi posse, quod nihil est. In quo malum agit metaphysicum. Nec enim obligationi adjici, nec exsistere, nec tot effectus ipsa per se operari, nec tot illius differentiæ constitui possent si nihil esset. Nam quod est, nec variari potest, et non entis nullæ sunt qualitates. At conditionis multæ ac diversæ. Unde alia casualis alia potestativa, etc. Incongrua certe collectio Fabri; Conditio efficit ne obligatio pura dici possit. Ergo est privatio. Perinde ac hæc: Morbus efficit ne homo sanus dici possit. Ergo est privatio mera sanitatis et ita nihil. Privatio est absentia habitus in subjecto capaci, tum cum in eo natura inesse convenit, ut colligitur ex Philosopho *Lib. Categor. Confer. Lib.* 4. *Metaph. C.* 22. At actus et contractus nec puritatem nec conditionem requirit, sed æque ad utrumlibet aptus. Quin cum contractus in diem, nec purus sit nec conditionalis, contraria hæc ἔμμεσα sunt. Denique ut vera sit privatio necesse est ut et potentiam tollat. Ἀπὸ τῆς στερήσεως ἐπὶ τὴν ἕξιν μεταβολὴν γίνεσθαι ἀδύνατον *Aristot. lib. Categ.* Atqui actus ex conditionali, eveniente conditione, sit purus. Quin, si alterutrum dicendum, puritas potius nihil est, et quidem opposita conditioni non privative, sed negative. Ideo enim purus est actus, quia relictus in suis communibus terminis; ideo conditionalis, quia aliquid ei accessit. Conditio enim est adjectio *L.* 6. *§.* 1. *de tut.* Verius tamen, ut a

existens retro trahatur ad præteritum tempus, perindeque habeatur legatum, quasi jam ante pure relictum esset, et quidem iisdem casibus, quibus hoc receptum est in stipulatione conditionali. Nam si cum mihi ex stipulatu pecuniam sub conditione deberes, pendente conditione mihi fundum obligaveris pignori, deinde eundem fundum alii creditori, a quo præsentem pecuniam acciperes, oppigneraveris: si postea existat conditio, placet me esse secundo potiorem, quamvis tunc cum illi fundum obligabas, mihi nihil adhuc deberetur: ideo scilicet, quia conditione stipulationis meæ exsistente incipiat perinde haberi quasi stipulatio quæ contracta erat sub conditione, jam tum pure facta esset. *L. qui balneum, L. potior, supr. qui pot. in pig. hab.* Atqui idem fiet, etsi mihi quid legatum sit sub conditione, et pendente conditione, cum heres non satisdaret legati nomine, missus sim in possessionem bonorum: quamvis enim pendente conditione legati alii creditori, cui pure deberetur, res hereditariæ pignori esse cœperint: tamen si postea existat conditio, placet me hic quoque in pignore esse potiorem. *L. 2. C. qui pot. in pig.* Quod non aliter defendi potest, quam si quod supra in stipulatione, idem hic in legato dicamus, conditione legati exsistente perinde habendum quasi jam ab initio pure legatum esset: nam alioqui secundus esset potior, ut qui prior esset creditor. Postremo non recte sic colligitur: conditio exsistens retrotrahitur ad id tempus, quo adjecta est; vel ut dicamus melius, conditione exsistente perinde est, quasi jam tum extitisset, cum res contracta est: ergo filio ante emancipato si existat conditio, patri setio acquiritur: nam etsi quis institutus sit sub conditione, quandocunque is existente conditione hereditatem adierit postea, retroversos jam inde a morte testatoris successisse defuncto intelligitur. *L. heres quandoque, supra. de acq. her. L. omnis hereditas, infra. de regul. jur.* Et tamen si servus sub conditione heres institutus postea manumittatur, sibi hereditatem adeundo acquiret, non domino, *§. alienus quoque, Instit. de her. inst. L. si solus, §. 1. supr. de acq. her.* idemque est, si filius fuerit institutus, deinde emancipatus hereditatem adeat. *L. non est dubium, C. de jur. delib.* † Ex quibus a
intelligitur, quam multis de caussis superior ratio repudianda sit: simul et illud (4) planum fit non vim conditionis exsistentis,

diverticulo ad viam redeam, dicetur, mea sententia, post eventum conditionis retrotrahi ipsam obligationem, ac haberi ac si illo tempore, quo stipulatio interposita, pure contracta esset. *L. 11. §. 1. de Pign.* non vero retrotrahi conditionem, quæ postquam impleta evanuit. Inter quæ sane interest. Aliud est rem æstimari ac si conditio ex. gr. Si Titius consul factus fuerit plane non adjecta *d. §. 1.* Aliud ita si adjecta quidem, sed statim ipso conventionis tempore evenisset ex. gr. si Titius qui nunc Consul eligitur, ante annum forte, cum contraheretur, magistratum injisset. Facilior in rebus quæ sunt juris et facti, quam quæ meri facti fictio.

(4) Duar. ad *d. L.* 78. Contractus, inquit, factum et operam desiderant, Filius patri omne factum operam et studium debet. Contra Rævard. ad *L. 18. de R. jur.* ea ratio est: Legatum ante diei cessionem nihil continet juris. Quæ verò facti sunt transferri ad alios non solent: Stipulatio vero nulla quæ non sub se habeat vinculum juris *L. 27. §. 2. de pact.* A. Fab. 15. *Cont.* 6. Non in eo difficultas, ait, cur in contractibus spectetur tempus conventionis. Quod enim magis convenit, quam quo de obligando actum est. Sed in eo cur aliud in legatis conditionalibus. Rationem autem inde petit *p. 182. et seq.* Non spectatur in legatis tempus testamenti quia jus legati conditionalis non nascitur eo tempore, quo testamentum fit: cum non possit acquiri legatario, priusquam id morte confirmatum fuerit: nec mortis, quia non ex sola voluntate, sed magis legis auctoritate confirmatur, qua fit ut quæcunque testamento scripta valeant eo modo quo scripta sunt. Quæ pluribus ibi, subtiliter magis, quam ad scrupulos animo eximendos accommodate, persequitur. Ad quod expeditior est nostri Donelli ratio, quæ et inde confirmatur, quod libero effecto proficere nequit, quod filium servus esset egit, *L. quod quis 146. de R. I.* P. Fab. ad *L. 18. de R. I.* qui et vid. 3. *Sem.* 11. Et quod in legatis nullum omnino factum legatarii, neque dum acquiritur, quia et ignoranti filio obvenit, ac per eum patri, (Unde objectio Cujacii, regerentis, si hæc ratio vera nec legatum purum patri acquiri, removetur. Nam quando purum, est cum statim quæratur, necesse est statim ad patrem transeat: *L. 79. de acq. her.*) Et quia in stipulatione filiif. defuit animus sibi acquirendi, sed id egit ut acquireret patri, nec de incerto emancipationis eventu cogitasse censendus est; ac ut cogitaverit, tamen acquisitio certam scientiam requirit *L. 76. de R. I.* Quin licet contulerit aperte stipulationem in emancipationem suam, nihil eum juvat *d. L. ult. de stip. serv.* quia voluntas illius libera non est, et per *d. L. 146. de R. I.* Ex quo sic licebit inferre. Emancipatus evenientis conditionis tempore, sibi non acquirit ex tempore præsenti, quia deficit caussa vel negocium, cum actu in potestate gesto non juvetur *d. L. 146.* neque ex tempore interpositæ stipulationis, quia deficit voluntas acquirendi, vel si ea adsit, deest tamen potestas et capacitas, *d. L. ult.* Quæ omnia legatis non convenire evidens est.

sed naturam negotiorum, de quibus agitur, hanc varietatem inducere, ut conditione existente quandoque initium rei gestæ et interpositæ conditionis spectari debeat, quasi nulla fuisset ab initio inserta conditio; quandoque spectari debeat id tempus, quo conditio exsistit, quo primum tempore res exitum habere incipit. Proinde omissa omni alia quæstione de conditione, res ipsas de quibus acquirendis agitur, consideremus. Quid est igitur, inquam, cur in stipulatione conditionali a filio interposita præsens tempus spectemus, ut exinde statim acquiratur patri; in legato autem quod sub conditione filio datum est, spectetur tempus conditionis exsistentis, ut sic non acquiratur patri, si tum filius fuerit sui juris? Differentiæ ratio minime dubia hæc est, quod in stipulatione conditionali filii causa est, cur pendente conditione et quidem statim stipulatio acquiratur patri: in legato, quod sub conditione filio relictum est, cur ita acquiratur, nulla. Id adeo efficitur ex eo, quod de voce filii et servi diximus, idque tam aperte ut acquisitionis ratio in utroque genere pene in oculos incurrat. Ita traditur videlicet, cum de acquirendo agitur, vocem filii stipulantis tanquam vocem patris intelligi; et servi vocem intelligi vocem domini. §. *si vero, et* §. *post mortem. Inst. de inut. stip.* Id si ita est, fit, quod supra quoque ostendi, ut si quid filius stipuletur, perinde habendum sit, ac si pater voce filii ipse sibi esset stipulatus. Quod de voce filii dicitur, ad omne factum filii recte transfertur; ut dicamus factum filii, quod valeat ad aliquid acquirendum, in acquirendis iis quæ patri acquiri possunt, factum patris haberi debere: qua ratione et quidquid filius contrahet, id patri quasi ipse contraxisset, acquiretur. Et vero hæc ipsa Pomponii ratio est de hac re exposita in *L. 45. infra. de stip. ser.* sic enim scribit, quod servus contrahit, dum nobis servit, id totum nobis acquiri: *quia potestas ejus tunc cum id contraheretur, nostra fuit.* Observanda illa sunt, *quod servus contrahit*; item *tum cum id contraheretur*; in quibus verbis inest ratio, cur acquiratur, hæc: quia servus fecit id, unde nascitur obligatio. Quasi ita colligeret Pomponius: quidquid servus gerit, contrahit, dum nobis servit, id totum est ejus potestatis, qua tenetur: ea autem potestas nostra est: nostrum igitur, quidquid per id tempus fecerit, unde quid acquiri et haberi potest. Hæc ratio cessat in legato: illum enim quid legatur filio aut servo, nullum hic factum intervenit filii aut servi, unde quidquam vel ipsis vel aliis per eos acquiratur: et præsertim si quid his legatur sub conditione: nam pendente conditione ne agnosci quidem legatum a legatario quamvis patrefamilias potest. *L. si ita sit.* §. *scriptum, supra. de legat. 2.* Contraria igitur de causa efficitur, ut legatum pendente conditione non acquiratur patri. Aut enim obligationem esse oportet, quæ constituta in persona filii ad patrem deinde transeat, aut factum aliquod intervenire, quod dici possit esse patris, quo ipse sibi in persona sua legati jus constituat. Obligationem pendente conditione nullam esse constat neque ex stipulatione, neque ex legato: *L. cedere, infr. de verb. sig.* factum filii nullum in legato ei relicto ad id acquirendum, ut dici possit patrem videri idem fecisse: quo fit, ut quemadmodum interim nihil est, quod acquiratur, sic nec sit quamobrem acquiratur. At erit, dices, quod acquiratur, postquam conditio exstiterit: tum enim cessit et venit legati dies. Et nos volumus id tum acquiri posse: sed ei cui per jus licet, filio videlicet, non patri: tum enim filius est sui juris, ac per eum patri quæri nihil potest. Sed cur non retro fingimus acquisitum legatum patri, quasi ab initio relictum sine conditione? quia id factum non est, et natura repugnat, quominus quod factum non est, factum esse intelligamus; ac jus naturæ consentiens idem sequitur, quippe ex facto jus est. *L. si ex plagis.* §. *in clivo. supr. ad leg. Aquil.* Estque hæc lex in jure perpetua, nisi si cubi lex beneficii loco aliquid nominatim aliter constituit, ut accidit in postliminio, et lege Cornelia testamentaria de testamentis eorum confirmandis, qui apud hostes decesserunt. §. *ult. Instit. quib. non est per. fac. test.* Quæ si vera sunt, quamvis nihil unquam recte dixisset Accursius, tamen hoc eum verissime dixisse apparet, quod scripsit in *L. si uxorem, C. de cond. ins.* superioris differentiæ hanc esse rationem, quod in legatis nullus inveniatur actus filii in potestate manentis, in contractibus contra: quod minus mirum est omnibus probatum non esse: non enim exposuit, quid ad hanc rem pertineret actus filii: fierique potest, ut non satis intellexerit: neque id omnibus notum est: nos supra dilucide exposuimus. Non me movet, quod quidam objiciunt, quod stipulatio a filio pure contracta ex facto filii est, legatum pure filio datum non proficiscitur ex ejus facto, et tamen utrumque patri pariter acquiritur. Obstaret nobis hæc ratio, si legatum conditionale ob hanc solum causam patri non acquiri diceremus, quia nullum in eo interveniat factum filii: hac enim ratione nec

purum legatum patri acquireretur. Nunc autem hoc dicimus duas res conjunctim efficere, ne legatum conditionale acquiratur patri, et quod pendente conditione nulla obligatio præsens est, quæ transferatur in patrem, quod pro confesso ponimus, estque omnium obligationum conditionalium commune; et præterea quod nullum factum est filii, quo facto ipse obligationem patri constituat, id quod est legati proprium. Si in eo, quod in filium collatum est, præsens sit obligatio, non nego hanc patri acquiri, etiam si non nascatur ex facto filii, ut fit in legato, quod filio pure relictum est. Ideo legata pura a stipulationibus hic non distinguimus, sed pariter utrumque per filium patri quæritur: quoniam utrumque similiter præsentem obligationem habet, quæ jure a filio in patrem ex æquo potest transire. Sed etsi nulla sit obligatio præsens, sed tamen factum aliquod filii interveniat ad constituendam obligationem, ut fit in conditionali stipulatione; hic etiam dicimus hanc caussam satis esse ad acquisitionem, quasi videatur pater ipse fecisse et stipulatus esse per filium. Quod si neque ulla præsens sit obligatio, neque in eo quod fit, ullum factum filii interveniat, ut accidit in legato conditionali; ibi demum dicimus in eo quod filio delatum sit, nihil omnino pendente conditione patri acquiri posse. Hinc discrimen stipulationis et legati non cujuslibet, sed conditionalis, cum de his pendente conditione alteri acquirendis agitur. Quo posito non ideo negamus utrumque pariter recte acquiri, cum est pure conceptum: quo tempore utrobique obligatio est præsens, etiam si facto personarum hæc genera distinguantur. Plus difficultatis objicit exemplum donationis caussa mortis. Nam cum quid mortis caussa filiofamilias donatum est, quæ donatio hanc conditionem habet, si is qui donavit prior decesserit, aut si eum donationis non pœnituerit: *Inst. de donat. in pr.* placet, si eum donator moritur, filius inveniatur sui juris, donatum ei acquiri, non patri, quasi an id tempus, quo conditio existit, donatio redigatur. Idemque placet et de eo, quod servo mortis caussa donatum est, si servus deinde mortis donatoris tempore liber inveniatur. *L. sed interim, §. maritus, et §. consequenter, supr. de donat. inter vir. et ux.* Et tamen cum quid donatur mortis caussa, quia præsens præsenti dat. *L. inter, supr. de donat. causs. mort.* nec ulla datio est sine accipiente; manifestum est in ea acquisitione factum filii intervenire. Ex quo colligi videtur, quod stipulatio conditionalis acquiritur patri, necesse esse aliam caussam videri, quam quod in ea contrahenda factum filii intervenit: alioqui et donatio mortis caussa in filiumfamilias collata eodem modo statim acquireretur patri; et rursum quod legatum conditionale non statim acquiritur, hanc caussam non esse, quia ex facto filii non nascatur: alioqui diversum in donatione caussa mortis probandum esset, cum in ea factum filii versetur. Atque in summa hoc argumento effici videtur, in acquisitione stipulationis aut legati quamvis conditionalis, factum filii ad acquisitionem nihil pertinere, neque adeo debere spectari. Et adversaretur hoc exemplum, si quodcumque factum filii in aliquo negotio intervenisset, ibi propter id factum diceremus patri acquiri per filium. Sed id factum intelligimus, quod valeat ad aliquid acquirendum, quod pro arbitrio alterius pendente conditione revocari non possit: qualis est stipulatio, qualis contractus omnis, a quo invito altero ex contrahentibus discedi non potest. Non est hujusmodi factum, acceptio ejus quod mortis caussa donatur. Nihil eo facto proprie acquiritur statim: cum possit, quod ita donatum est, revocari, quoties vult, qui donavit. *L. qui mortis, supr. de donat. cau. mor.* quod autem ita datur, nec datum aut alienatum videtur. *L. qui sic solvit, infr. de sol.* unde et illud dictum est, non videri perfectam donationem mortis caussa factam ante, quam mors insequatur. *L. non videtur, supr. de donat. cau. mor.* Nihil igitur hic ante datum aut quæsitum intelligitur, non magis quam in legato ante, quam testator decesserit. Proindeque cæteris in rebus comparatæ legatis donationam caussa mortis factæ, *L. illud, supr. de do. cau. mor.* merito hac quoque in parte acquisitionis in eadem caussa habebuntur. Intellectum est in proposita quæstione, cum de stipulatione per filiumfamilias aut servum acquirenda agitur, recte dici id tempus spectari, quo contrahitur; ut intelligatur stipulationem quamvis sub conditione a filio contractam statim patri acquiri, eoque et conditione quandoque existente, omni modo actionem ei competere. Præterea et illud recte adjici, in *stipulationibus*, quia diversum jus sit in legatis: ubi et differentiæ ratio exposita est.

9 † Sed Paulus sententiæ suæ rationem reddens, generaliter definitionem concepit his verbis; *quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus:* ut verba quidem ad omnem quæstionem de stipulatione pertineant, sive quæratur de ea acquirenda per alios, sive de ejus viribus, seu quo ex tempore spectanda sit, ut valeat; sive quæratur de obligatione et actione, quæ inde nascitur.

Qua ex re hæc sententia in multas difficultates incidit. Ac si breviter dicendum est, si uti verbis concepta est generaliter, ita eam generaliter accipimus, multis nominibus falsa est. Cum de viribus stipulationis conditionalis agitur, non contractus, sed existentis conditionis tempus spectatur. Exempla hæc sunt. Si quis rem suam sub conditione stipulatus est, et existentis conditionis tempore res aliena invenitur, valet stipulatio, quæ manente eodem rei statu, qui tempore contractus fuerat, esset inutilis. *L. si rem meam, supr. eod.* Si emptio sub conditione contracta sit; si stipulatio sub conditione novandi animo interposita, et res pendente conditione perierit, neque emptio valet, neque fit novatio, quamvis conditio postea extiterit: quia quo tempore existit conditio nulla res est, quæ possit deberi, etsi quo tempore contrahebatur, fuerit in rerum natura. *L. necessario*, illic, *quod si pendente. supr. de per. et com. rei vend. L. quoties. infr. de novat.* Quod si in stipulatione utili quæremus de actione, quæ inde nascitur, reperiemus ne hic quidem tempus contractus semper inspici. Ut enim in rebus notis versemur, in obligationibus in diem si de petitione agitur, plusquam certum est non spectari id tempus, quo contrahitur, sed quo dies venit: nec ante agi potest. *L. cum, qui calendis, §. ult. supr. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* In stipulationibus sub conditione conceptis ne possumus quidem natura ad petitionem aliud tempus spectare, quam existentis conditionis, cum ante nihil ne debeatur quidem. *d. L. cedere.* Multis ergo modis hæc definitio falsa, si, ut dixi, generaliter accipitur. Quid ergo est? nempe his tot rebus admonemur sententiam quidem verbis hic generalem tradi, sed quæ ad quæstionem propositam referri debeat, et intra terminos ejus quæstionis contineri. Species posita de stipulatione conditionali a filiofamilias interposita. Quæstio, an eo, ante quam conditio existeret, emancipato, actio patri competat, si postea existat conditio. Respondetur competere, quia debeamus in stipulationibus spectare id tempus, quo contrahimus. Hoc sic accipiendum est, quasi dictum esset; quia cum de obligatione per alios acquirenda agitur, ut nunc agitur, *in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus:* aliter atque in legatis in quibus si conditionalia sunt, acquisitio redigitur ad id tempus quo conditio existit. Extra quæstionem de acquisitione propositam si definitionem producere volemus longius, verba retinere conantes, sententiam evertemus. Itaque non satis recte fecisse mihi videntur Pandectarum compositores, qui definitionem Pauli hic traditam a suo loco divulsam tanquam generalem inter regulas juris retulerunt: sic enim extat totidem verbis in *L. non omne, §. ult. infr. de reg. jur.* scilicet, ut sententiam plane falsam efficerent, quæ suo loco exposita, idest, ad institutam quæstionem relata, vera minimeque obscura videri poterat.

Ad §. *Cum fundum stipulatus sum.*

Cum fundum stipulatus sum, non veniunt fructus qui stipulationis tempore fuerint.

S U M M A R I A.

1. *Fundo in stipulationem deducto, an fructus, de quibus aperte nihil cautum est, debeantur.*
2. *Quatuor enumerat, quæ in proposita quæstione de fructibus acquirendis in dubitationem vocantur.*
3. *Fructus ante litem contestatam a promissore percepti, cur non debeantur,* et n. 5.
4. *Fructus post judicium acceptum, cur præstentur.*
6. *Fundo promisso, an non fructus fundi tanquam pars ejusmodi promissi intelligantur,* et n. 9.
7. *Fundi appellatione fructus non contineri.*
8. *Principali re pignori obligata, cur accessiones jus pignoris sequantur.*
10. *In fructibus post stipulationem contractam natis quod juris est, an idem in iis, qui tempore stipulationis fuerunt, defendi possit.*
11. *Fructus pendentes, an fundi pars.*
12. *Fundo simpliciter in stipulationem deducto, an fructus ante litem contestatam saltem ex mora promissoris incipiant deberi.*
13. L. Si fundum, infr. eod. *declaratur.*

1 CUM quis quid dari stipulatur, ut fundum, nec quidquam aperte cavetur de fructibus, an et hos postea captos stipulator consequi debeat, quæsitum est. In quo hæc distinctio Pauli tradita est in *L. videamus,* §. *si actionem, supr. de usur.* ut si quidem post litem contestatam capti sunt, præstandi sint: si ante, etiam mora facta, non sint præstandi. Prior pars juris minime dubii sententiam continet; convenit enim post judicium acceptum omnem causam, ac proinde perceptos fructus sine exceptione præstandos esse omnibus judiciis; non tantum si in rem sint, quibus in judiciis primum hoc jus introductum est; *L. illud, supr. de her. pet. L. præterea, supra de rei vind.* sed etiam si sint in personam, *L. 2. supr. de usur. L. cum fundus, supr. si cer. pet.* Ac ne quis existimaret inique hoc constitui de fructibus, eos præstandos esse, qui debiti non essent (non enim esse debitos ex altera parte distinctionis intelligitur, de quo paulo post) adjectum est in *d. L. videamus,* §. *si actionem,* fructus post litem contestatam esse præstandos, *ut causam:* idest, ut aliis locis declaratur, ut id, quod petitor habiturus esset, si res eo tempore restituta esset, quo petita est. *d. L. 2. de usur. d. L. cum fundus, si cer. pet. d. L. præterea, de rei vind.* Quod eo additum est, ut intelligeremus præstari fructus post litem contestatam captos, non ut ante debitos ex stipulatione, sed officio judicis: cui hoc commissum est, ut curet omnem *causam,* idest, id omne quod habiturus esset petitor, si res petenti restituta esset, petitori præstari. *L. ædiles.* §. *item sciendum, supr. de æd. ed.* Neque huic parti adversatur hic locus, tametsi in eo generaliter scriptum est, cum fundum dari stipulamur, fructus non venire, nec quidquam distinguitur, quando percepti sint, ante, an post litem contestatam; non enim possunt hæc verba, fructus non venire, sic accipi, quasi velit Paulus eos non venire in judicium, cum de judicio non loquatur: sed ita accipienda sunt, ut intelligamus eos non venire in stipulationem, qua fundum dari stipulamur: de qua institutus erat sermo. Hoc vero in universum recte dicitur, cum fundum dari stipulamur, fructus postea captos in hanc stipulationem non venire; eoque nec deberi, quandocunque capti sint; neque tamen eo minus vere dicetur eos post litem contestatam esse præstandos, quia tum non ut promissi præstantur, sed ut id quod in causa et judicio per litis contestationem cœpit versari, ut diximus. Altera pars distinctionis propositæ statuitur quidem etiam hoc loco ab eodem auctore Paulo, sed non perinde expeditam rationem habet, neque adeo eum iis locis, qui de hac re scripti sunt, consentire satis videtur. Quinetiam augetur difficultas hoc loco. Nam eum in superiore distinctione scripsisset indefinite de fructibus, hos ante litem conte-

statam stipulatorem non consequi; hic diserte cavet non venire eos, qui tempore stipulationis fuerint. Quod non eo expressum est, ut removerentur ii, qui postea nati sunt; sed rei magis confirmandæ causa, ut si hi non veniunt, qui fuerunt tempore stipulationis, argumentum id esset multo minus venire cæteros, de quibus minor dubitatio est: atque ita intelligeretur fundo promisso nullus omnino fructus postea ante litem con-
2 testatam captos esse præstandos. † Quatuor autem sunt in summa, quæ hic vocantur in dubitationem, et de quibus ad hujus partis atque hujus loci explicationem nobis cognoscendum est: Primum quid sit causæ, cur fructus ex eodem fundo natos et perceptos ante litem contestatam, placeat non præstari; qui si percepti essent post litem contestatam, præstarentur. Alterum, quoniam volumus eo fieri, quia fructus promissi non sint, videaturne hoc recte dici in iis rebus, quæ ex fundo promisso natæ sint, ac proinde ejusdem corporis par fuerint. Tertium, si recte dicitur in iis fructibus, qui post stipulationem contractam nati sunt; an etiam videatur posse defensi in iis, qui fuerunt tempore stipulationis, de quibus hic scriptum est. Postremum, si de omnibus fructibus recte negatur hos venire in stipulationem, an recte statuatur in totum non esse præstandos, etiam si mora a promissore facta sit; de quo ille altero loco comprehensum est a Paulo. Principio ipsa distinctio ejus temporis, quod litem contestatam sequitur, nos admonent, ut ante omnia quæramus, quamobrem placeat stipulatorem ante litem contestatam fructus non consequi quos constet post judicium acceptum esse præ-
3 standos. † Et jam ante dixi, et res ipsa ostendit caussam in eo esse, quia non debeantur ex stipulatione: quia enim non debentur, fit, ut nec peti possint, eoque nulla sit necessitas præstandi. *L. debitor, infr. de verb. signif. L. nihil. supr. proæ. tit.* Sed cur non debentur? declarat Paulus hoc loco, cum ait eos non venire. Non enim significat hæc verba eos præstandos non esse, quanquam hoc ex illo efficitur: sed hoc exprimunt, fructus non venire in fundi stipulationem, in stipulationem non deduci, stipulatione non contineri; denique appellatione fundi non promitti: quam vim esse hujus verbi docui ad *L. si pœnam, supr.* Unde jam sua sponte intelligitur non esse præstandos: id enim solum debetur ex stipulatu quod deductum est in stipulationem, atque adeo quod expressum est verbis stipulationis: quod his comprehensum non est, non debetur. *L. quia tantumdem supr. de neg. gest. L. quidquid, infr.* Quid ergo? qui fructus ante litem contestatam non debebantur, post, judicium acceptum incipient deberi? minime, ex eadem regula, quod non possit quidquam deberi ex stipulatione, quod non sit ante in stipulationem deductum; neque porro litis contestatione nova stipulatio aut obligatio, introducitur de fructibus. † Cur ergo præ- 4
stantur post litem contestatam? quia vis judicii hæc est, in eoque hoc officium Judicis, quale quidque est, cum petitur, tale præstari debeat. Quod si factum esse ab initio, habere potuisset actor et fructus, et quæcunque alia propter rem obtingere potuerunt. Proinde et ista officio Judicis præstantur. *L. 2. supr. de usur. d. L. ædiles, §. item sciendum, supr de æd. ed.* † Ante eum nullus Ju- 5
dex sit, necesse est evenire, ut fructus tunc capti non debeantur: neque ex stipulatione, in quam deducti non sunt, neque officio Judicis, qui per id tempus, quo judicio actum non est, nullus esse potuit. In futurum autem judicium ideo non possunt deduci, quia id solum in judicium deduci potest, de quo est actio jure constituta: *L. ex tal. supr. quod met. cau.* nulla est autem actio de eo, quod non debetur. *L. nihil. supr. proæ. tit.* Denique judicium ante quam aliquid debeatur, esse non posse diserte scriptum est in *L. non quemadmodum, supr. de jud.* Nam sunt ergo in summa ex stipulatione præstandi fructus ante litem contestatam capti, quia non debentur; atque ideo non debentur, quia in stipulationem deducti, quia promissi non sunt. In hac ratione posita sunt omnia etiam pro eo tempore quo mora facta est: quod enim ante moram non debetur, id ut debeatur postea, mora non faciet, ut postea dicemus. Sed ita rem hæc ratio continet, si modo etiam vera sit: † At 6
videamus, quod secundo loco quæsitum est, ne potius dici debeat in stipulationem fundi una cum fundo promisso etiam fructus fundi deduci. Nam fructus quandocunque nascantur, sunt ex fundo, et quidem ita, ut dum pendent, ei cohæreant et ejusdem corporis velut partem efficiant. Quidquid est in re aliqua ita, ut rei cohæreat, et maxime si cohæret, natura id ut pars quædam appellatione rei contineri videtur, et si quid de re conveneril, videtur etiam ad illud pertinere; quod in fructibus pignoris constituti facile potest intelligi. Cum fundus pignori datus est etiam si nihil aperte dictum ait de fructibus, tamen fructus etiam pignori esse intelliguntur, nam etsi mancipia in caussam pignoris ceciderunt, ea quoque quæ ex his

nata sunt, eodem jure habentur. *L. Paulus, supr. de pig.* Si nuda proprietas data sit pignori, ususfructus qui postea accesserit, pignori erit. In eadem caussa est, si quid alluvione fundo accrevit. *L. si convenerit*, *§. si nuda, supr. de pig. act. L. si fundus, supr. de pig.* Atqui pignus, quod quidem constituatur a privatis, nullum etsi sine conventione. *L. 4. supr. de pig. L. Aristo, supr. quæ res pig. obl. pos.* Ex quo apparet, enim de re aliqua in pignore dando convenit, vi ipsa et de accessionibus, ut fructibus, partu, fœtu, alluvione convenisse videri; quasi et hæc contineantur rei datæ appellatione. Quod ut de significatione et complexu rei probari non posset; attamen verendam est, ne hoc ipsum, quod dicimus videri potius in hac stipulationem, *fundum dari*, venire etiam fructus, aperte confirmentur in *L. in conventionalibus, §. ult. supr.* ubi scriptum est hac stipulatione, *vacuom possessionem tradi*, non modum factum contineri, sed *causam bonorum*. Et vero necesse est ea sententia id quod dicimus, confirmari, si *causam bonorum* continere, significat continere quidquid stipulator ex bonis capere potest, quod quidem putant; neque enim causa dici potest, cur si stipulatio, *vacuam possessionem tradi*, causam bonorum continet, non contineat etiam hæc, *fundum dari*: cum plus sit dare, quam tradere. His autem verbis, *vacuam possessionem tradi*, contineri fructus postea captos

7 Papinianus scribit in *L. 4. supr. de usur.* † Sed nihil verius, quam appellatione fundi fructus non contineri, sed esse has res natura et significatione maxime disiunctas. Nam fundus esse potest sine fructibus, et fructus sine fundo tunc, cum a fundo separati sunt; et quamvis fructus ex fundo, atque adeo in fundo sint: tamen fundus est id quod fert; fructus id quod fertur; quæ natura unum et idem esse non possunt. Fundus est res immobilis; fructus a fundo separatus res mobilis; de quo etiam nonnihil paulo post. Proinde nec stipulatione fundi, eo verbo continentur fructus postea capti, et separati a solo, de quibus agimus. Neque vero quod in pignore, fundo pignori obligato, sequuntur fructus: quod mancipiis vel pecoribus pignori datis, etiam ea quæ inde nata sunt, pignori esse intelliguntur, argumento est fundi aut animalium appellatione contineri earum rerum accessiones, aut conventione de his rebus interposita, simul etiam accessiones in conventionem venire. † Hæc enim

8 omnia pignore constituto recepta sunt de accessionibus, quia re pignori data, non obligatur eo facto persona dantis, sed res ipsa: pignus enim in re est, non in persona; unde actio de pignore, in rem, non in personam. *L. pignoris, supr. de pig. L. pignoris, C. eod.* Ea res facit, ut re principaliter pignori obligata sequatur accessiones jus pignoris, non propter conventionem, quasi et de his convenerit; sed propter coniunctionem, et consequentiam rei principalis, quia enim aliquando in re pignori obligata esse cœperunt, eique cohæserunt, ideo tanquam pars quædam cœperunt eodem jure et conditione esse, qua corpus obligatum fuit, vocatæ in eam causam propter coniunctionem; ac separatæ retinent jus pignoris, quo semel nexæ sunt. Quod non similiter contingit in accessionibus fundi promissi: fundus enim promissus, nullo afficitur proprio jure, in cujus nexum vocet eas res, quæ postea ei accesserint: sed eo promisso obligatur persona promittentis, non fundus. Ideo si fundus alii tradatur postea, nihil juris in eum fundum stipulator habet, nec cum possessore potest agere. *L. quoties, C. de rei vind.* quod secus est in pignore, si id debitor alienaverit. *L. distractis, L. debitorem, C. de pig.* † Quapropter nec 9 accessiones fundi promissi in eandem obligationem trahentur, si quæ postea fundo fuerint adiunctæ. Non ergo recte ita colligitur; fundus debetur; ergo debebitur et fructus, qui ex fundo est. Imo contra ita colligi debuit; fundus debetur ob eam causam, quod in stipulatum deductus est, nec debetur ex stipulatu aliter: ergo fructus postea capti non debebuntur; quia promissos et in stipulatum deductos non esse apparet. Sane si quod accessit fundo, etiam tunc cohæret, cum fundus petitur, non nego id cum fundo judicio præstari debere, non tantum si alluvione accesserit, aut ususfructus accessione: sed etiam si erunt fructus fundi pendentes. Quod enim tunc cohæret, etsi percipitur postea ante quam præstetur fundus, tamen non potest, quin percipiatur post litem contestatam: post quod tempus omnis caussa præstanda est, ut diximus *d. L. 2. de usur. L. cum fundus, supr. si cert. pet.* Quod si antequam judicio ageretur, a fundo separata sint ea, quæ accesserant, quæ modo natura separari possunt et debent, ut sunt fructus: hæc non amplius post litem contestatam percipi possunt, neque ab initio in stipulationem venerunt. Quo fit, ut amplius nulla sit necessitas ea præstandi, cum jam peti non possint. Quod affertur ex *L. in conventionalibus, §. ult. supr.* hanc stipulationem, vacuam possessionem tradi, continere caussam bonorum, nihil ad confirmandam fru-

ctuum postea captorum præstationem facit: non quod non idem multo magis dici debeat de hac stipulatione, fundum dari. cum multo plus sit rem dare, idest, plenum dominium rei transferre, quam possessionem rei tradere, quamvis vacuam: ad quod demonstrandum non est multis opus, sed quia *caussa bonorum*, quæ illic nominatur non significat quidquid stipulator habere potuit fundo accepto, eoque et fructus: verum traditionem, quæ esset caussa, seu quæ efficeret, ut res inciperet esse in stipulatoris bonis: non tamen res quælibet, sed res stipulatione comprehensa: ergo fundus de quo cautum est: non etiam fructus fundi, qui stipulationis verbis non continentur. Nam ut *caussam* ille interpretemur quidquid stipulator fundo accepto habere potuit, non patitur usus loquendi omnium juris auctorum, qui cum caussam præstandam esse dicunt, *causæ* verbo intelligunt, non quæ antecesserunt litem contestatam, sed quæ secuta sunt, quæ haberet petitor, si cum res judicii petitur, restituta esset. *L. illud, de her. pet. L. præterea, supr. de rei vind. d. L. cum fundus, supr. si cert. pet. d. L.* 2. *supr. de usur.* Et præterea caussam simpliciter vocant, non caussam bonorum; ut intelligamus hoc verbo significari id quod in caussa et judicio continetur officio Judicis. Tum autem nihil minus consentaneum est, quam dici, cum tantum vacuam possessionem tradi stipulati sumus venire in stipulationem id quod stipulator re statim accepta habere potuisset: cum autem stipulati sumus rem dari, non venire. Sed obstat nobis *L.* 4. *de usur.* in qua Papinianus, ex hac stipulatione, *rem dari, vacuamque possessionem tradi* fructus postea captos propter inferiora verba stipulatorem consecuturum scribit. Nos et de hoc loco, et de tota hac stipulatione, *rem tradi, tum vacuam possessionem tradi*, quam vim et sententiam haberent abunde scripsimus ad *L. in conventionalibus*, §. *ult. supr.* Si quis hoc loco moveatur forte exemplo emptionis, in qua fructus statim post emptionem contractam emptori judicio empti præstandi sunt; *L.* 3. §. 1. *supr. de act. em. L.* 4. §. *ult. supr. de usur.* sciat nihil exemplum ad stipulationem aut cæteros contractus omnes, in quibus de re danda aut præstanda agitur, pertinere: non quod empto sit bonæ fidei: nam nec continuo in bonæ fidei judiciis aliis, prius quam mora facta sit, fructuum aut usurarum ratio habetur. L. 3. *ver. cæterum*, juncto §. 1. *L. mora.* §. *in bonæ, supr. de usur.* sed quia proprium hoc jus est emptionis, ut hac contracta periculum rei venditæ statim pertineat ad emptorem: unde et commodum ejus statim esse debere placuit. §. *cum autem, Inst. de empt. et vend.* Verum est igitur, cum fundum dari stipulamur, fructus non venire. Atque hoc in fructibus post contractam stipulationem satis minus dubitationis habet, et statim admitti potest: neque enim fundi certi appellatione alius fundus nominari, et in stipulatum deduci intelligitur, quam is qui fuit tempore stipulationis. *L. fundum, in fin. infr. de nov* proinde nec hujus appellatione quidquam, aliud, nisi quod tunc sit ex fundo. Ejus porro fundi partem ullam obtinere dici non possunt ii fructus, qui non modo non fuerunt tum in fundo, sed ne in rerum quidem natura omnino fuerunt. ‡ At quid si 10
fundus promissus sit pendentibus fructibus? nonne dicemus hos saltem in stipulationem fundi venire, quia fundi pars sint? Negat hos quoque venire, Paulus, de quibus hic nominatim definitio concepta est. Hoc vero defendi posse non videtur. Itaque hoc fuit tertium, de quo hic nobis videndum esse diximus separatim. Non moveor exemplo emptionis: in quo genere traditum est, si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere: *L. Julianus* §. *si fructibus, supr. de act. em.* fit enim hoc, non quia fructus fundo cohæserunt tempore emptionis; sed quia proprium hoc jus sit, ut dixi, emptionis ut fructus omnes rei venditæ postea capti emptori cedant, ut et commoda omnia: nam etsi postea fructus nati essent, non minus hi pertinerent ad emptorem. Ne illud quidem multum nos moverit, quod re in fraudem creditorum alienata, non rem solum alienatam, sed etiam fructus, qui tempore alienationis cohærent, ex edicto restitui oportet: *L. ult.* §. *non solum, supr. quæ in frau. cred.* hoc enim ideo constitutum est in hac caussa de iis fructibus, non quia hi solum fuerint in fundo, aut ex fundo; sed quia ut fundus, sic ii quoque fructus in bonis fraudatoris fuerint, ut ibidem ratio addita est. Quæ res facit, ut debitor cum fundum, cui fructus cohæserunt, alienando, intelligatur pariter utrumque alienasse, et fundum et fructus, utrumque ejusmodi quod et in bonis habuerit. Utrumque autem ita alienandu, separatim utriusque repetendi cau sam creditoribus dedit. Neque id aliter fieret ex caussa stipulationis, cum fundum stipulatus quis est plenum fructibus, si enim de fundo et de fructibus aperte cautum esset, ut sic de utroque promissor actionem constitueret stipulatori, sine dubio et fructus stipulator hic quo-

que consequeretur. Distant igitur ista a fundi stipulatione, ac cur in his pendentes fructus præstentur, proprias et constitutas, nec eas
11 obscuras caussas habent. † Illud non temere nos moveat, quod fructus pendentes partem fundi esse scriptum est in *L. fructus pendentes. sup. de rei vind.* et ut scriptum non esset, tamen ipsum per se videtur esse in promptu: cohærent enim segetes fundo, et quidem ita, ut hoc ipsum quod sunt, accipiant a fundo, non hominum opera, sed natura; aluntur enim et crescunt terræ alimento, *L. si meis*, *§. arbor, supr. de acq. rer. dom.* Quamobrem non tam fundo cedunt, quam sunt fundi; nam fundi esse dicuntur ab Africano in *L. si servus communis*, *§. locavi*, *infr. de fur.* unde et fundus ipse seu solum dicitur segetem facere domini magis, quam ipsius cultura aut satis in *L. si quis sciens. C. de rei vind.* Hoc si ita est, licet ita argumentari; qui totum stipulatur, is et totius partes omnes, quæ tempore stipulationis fuerint, stipulari intelligitur, in toto enim continetur et pars. *L. si quis cum totum. sup. de ex. rei jud.* Unde qui fundo promisso sic fundum dat, ut pars aliqua non dico corporis, sed etiam juris desit, stipulationi non satisfaciat; ac nihilominus quasi non dedisset, tenetur adhuc. *L. cum. qui ita. §. pen. L. qui usumfructum; supr. eod. L. cum filius, §. dominus, supr. de leg.* 2. At qui stipulatur fundum pendentibus fructibus, is totum stipulatur, cujus tum pars sint pendentes fructus, ut diximus. Proinde qui eum fundum stipulatur, una quoque et fructus pendentes stipulari intelligitur. Veniunt ergo hi fructus in eam stipulationem, deducti aperte in eam appellatione fundi, cujus sunt partes. Et dicuntur ista, fateor, probabiliter, ut existimentur fructus pendentes pars esse fundi: sed re vera in totum fructus fundi pars non sunt, non dico jam percepti, se ne pendentes quidem, quod ita demonstrari potest. Id cujusque rei pars dicendum est, sine quo totum exsistere non potest: quo eodem sublato aut totum esse desinit, aut certe non idem, vel non tantum futurum est, quod aut quantum ante fuerat. At fundum potest esse sine fructibus pendentibus natura: sed et fructibus a fundo separatis, nihilominus idem fundus est omni ex parte, qui fuerat; fructus igitur fundi pars non sunt. Præterea cujusque rei partem ejusdem naturæ esse oportet, cujus est totum, cujus pars est. At fundus res est soli: fructus mobiles, quod loco moveri possunt; non sunt igitur fructus pars fundi. Nec ad rem pertinet, quod quandiu fundo cohærent, non moventur: non enim spectandum est, quid tunc fiat, cum cohærent; sed quid in his fieri possit: possunt autem moveri loco, qui nunc cohærent: possunt enim a fundo separari. Imo vero ideo feruntur a fundo, ut aliquando percipiantur, idest, separentur. Et tigna, lapides, cæmenta, quæ cohærent ædibus, quandiu iniuncta sunt, non moventur; non eo tamen minus sunt mobilia, quia ab ædibus separari et loco moveri possunt. *L. cum, qui ædes, supr. de usur.* At dicuntur fructus pars fundi in *L. fructus pendentes, de rei vind.* Non ita est; sed verba ita sunt: *fructus pendentes pars fundi videntur.* Hoc recte: *videntur* enim, non *sunt*: idque ex eo evindenter apparet, quod quamvis fructus exemeris, nihilominus idem fundus manet, qui prius fuerat, constans suis partibus omnibus, ut prius. Cur ergo dicuntur fructus pendentes videri pars fundi? quia ad quemcunque fundus pervenit, eum quoque sequuntur fructus solo cohærentes. Similiter ut fundo dato sequerentur accipientem omnem fundi partes; itaque hac in re partis instar obtinent. Neque ideo tamen sunt pars; cum ad componendum et constituendum id totum, quod appellatur fundus non sit opus fructibus, sine quibus fundus natura esse potest. ut dixi. At certe fructus qui solo cohærent, dicuntur aperte ab Africano *fundi esse*, non *videri*, d. L. si servus communis, *§. locavi, infr. de fur.* Et hoc verum est: sed non ideo sunt pars fundi. Dicuntur enim fundi, quia fundus eos in se habet, et continet, eosque tanquam alter quidam dominus a se prolatos domino suo reddit: qua ratione eos domini sui facere dicitur in *d. L. si quis. sciens, C. de rei vind.* Sed non ideo, inquam, pars fundi dicendi sunt: nam et quæ habemus, quorum domini sumus, nostra sunt; quæ tamen nemo dixerit nostri esse partes. Sed an non fundus, qui pendentibus fructibus promissus est, potest peti et pendentibus fructibus? non dubium, quin possit, si quidem pure promissus etiam præsenti die debetur, unde et præsenti die peti potest, *§. omnis, Inst. eod.* Atqui si petitus erit, eveniet, ut eos quoque fructus stipulator consequi debeat qui tempore stipulationis fuerint: quia tale quidque dari debet, quale fuit, cum petitur, *d. L. 2. supr. de usur.* An non igitur saltem hoc casu falsum erit, quod hic simpliciter dicitur, eos fructus non venire? Minime: quod enim dicitur non venire eos fructus, docui initio sic interpretandum esse, ut non veniant in stipulationem, eoque nec ex ea causa peti possint: Quod est verissimum: nam quandiu pendebunt, non petentur ipsi, sed solus fun

dus: sic deinde post litem contestatam per consequentiam rei petitæ fructus accedent, aut tanquam pars fundi, si tempore sententiæ adhuc pendebunt; aut tanquam causa, si ante percepti fuerint, ut supra ostendimus. Quod si in stipulationem fundi ne ii quidem fructus veniunt, qui tempore stipulationis fuerunt, quo fit, ut nec ante litem contestatam percepti peti possint, vel debeant præstari: relinquitur recte in universum definiri, cum fundum stipulatus quis est, nullos fructus postea ante litem contestatam captos stipulatorem consequi posse, sive postea nati sint; sive jam tunc fuerint, cum stipulatio est interposita. Cum stipulatus quis est, inquam, fundum dari: nihil amplius. Nam sive cautum est etiam aperte de fructibus: sive id adjectum, quo significetur, de his actum esse; dicendum erit fructus stipulatione contineri, eoque etiam esse præstandos. Actum autem esse interpretatur Papinianus in hac stipulatione; *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, propter inferiora verba *L. 4. supr. de usur. L. in conventionalibus, §. ult. supr.*

12 † Restat postremum in ea sententia, quæ proposita est, ut videamus, an ne sic quidem eos fructus consequatur stipulator, quamvis mora a debitore facta capti sint: quod Paulus nominatim complexus est in *d. L. videamus, §. si actionem, supr. de usur.* Et recte Paulus; estque plane consequens ei rationi, quam supra hoc loco statui diximus. Nam si fructus ab initio non debentur, quia in stipulationem non veniunt, ut hic scriptum est: mora quæ postea secuta erit, ut deberi incipiant, non faciet. Aut enim ex stipulatione incipient deberi, aut officio Judicis. Ex stipulatione non possunt, quos constat in eam deductos non esse. Neque enim mora inducit novam stipulationem. Officio Judicis deberentur accessiones ex mora in bonæ fidei judiciis. At ex stipulatione nihil deberi potest ante litem contestatam, neque ullo modo in judicium deduci, nisi de quo nominatim stipulatio concepta sit. *quia tantundemdem, supr. de neg. gest. Inst. de obl. ex cons. in fin.* Quo fit, ut in stipulatione ne ex mora quidem fructus postea capti incipiant deberi ante litem contestatam: tantum ideo, quia ab initio in stipulationem non venerint. Hic tamen quædam nos impediunt. In primis ipsius rei æquitas notis regulis juris constituta: sic enim de mora traditur, nulli moram suam prodesse debere: hoc amplius etiam unicuique nocere. *L. hominem, in fin. supr. mand. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur.* Deinde quod re post moram deteriore facta placet habendam esse æstimationem, quanto deterior res facta sit. *L. 3. supr. de cond. trit.* Postremo, quod de hac specie, fundum certo die præstari nominatim scriptum est in *L. si fundum infr. eod.* si nimirum per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum stipulatorem, quanti sua intersit moram factam non esse. Sed nihil horum efficit fundo simpliciter in stipulatum deducto, fructus ex mora esse præstandos. Primum quod dicitur moram suam unicuique nocere, hactenus verum est, ut noceat in eo, quod debetur: dum id quod debetur, facit, ne desinat deberi; quamvis postea perierit. Ut autem quod prius non debetur, incipiat deberi, non facit, ut supra ostendi. Neque ea res stipulatori damnosa erit, si velit: qui si sibi consultum esse vult de fructibus adversus promissoris moram, potest cum illo ante, quam fructus percipiat, judicio experiri, et fundum petere, quod si facit deinceps una cum fundo omnis causa accedet officio Judicis: in qua insunt et fructus, *L. 2. de usur.* Illud vero, quod dicitur æstimationem habendam esse, quanto deterior res facta sit post moram, scio movisse Bartolum hoc loco, ut diceret perceptis post moram fructibus non quidem fructus separatim peti posse, sed ita posse agi de fundo ut æstimari debeat, quanto minoris nunc sit fundus, quam prius fuisset maturis et stantibus fructibus. Sed non fuit, cur superiore ratione motus in hanc sententiam non necessariam se conjiceret: non enim fit res deterior exonerata fructibus suis, sed ut plurimum melior: ut animalia fœtum gestantia tum meliora et ad usus nostros aptiora esse incipiunt, cum pepererunt. Certe non fit deterior gallina positu ovo; aut equa vel ovis edito fœtu, sed expeditior et alacrior; idemque et de fundo dicendum est, qui exemptis fructibus levatur quodammodo suo onere, ac nihilominus idem fundus manet, qui fuerat. Fieret deterior, si amplius non posset eosdem fructus ferre. At quandiu tantundem poterit, eodem statu, eademque bonitate esse judicandus est, etiam post perceptionem. Fateor fundum fructibus stantibus pluris esse, quam tum, cum in eo nulli sunt fructus. Sed hoc ideo contingit, quia plura sint corpora, quæ tunc æstimentur, fundus scilicet, et fructus fundi: non quia fundus solus sit tanti. De solo autem fundo nunc agimus, quoniam fundus simpliciter in stipulatum deductus proponitur. † De *L. si fundum, infr. eod.* variæ 13 sunt sententiæ: de ea igitur paulo attentius videamus. Ait Ulpianus; *si fundum certo die præstari stipuler*, si dixisset *tradi*, dici posset non esse mirum, si in ea specie respondere-tur post moram venire id quod interest; quia

hæc faciendi stipulatio esset *L. stipulationes, non, supr. eod.* quo in genere si non fiat, quod promissum est, constat venire in stipulationem id quod interest. *L. si pœnam, d. L. stipulationes, ver. Celsus supr.* Sed Ulpianus utitur verbo *præstandi:* ut intelligeremus nihil apud eum referre in ea specie, utrum ego stipuler fundum certo die tradi, an vero certo die dari: et utrum factum erit, consecuturum me post moram quod interest mea, moram factam non esse. Verbum enim *præstare* commune est: qui tradit, præstat. *L. ex empto, supr. de act. em.* Sed et qui dat, recte præstare dicitur. Caussa omnis præstanda est: idest, efficiendum, ut habeat actor, quod habiturus esset, si eo tempore quo petiit, res restituta esset. *L. illud, supr. de her. pet.* juncta. *L. præterea, supr. de rei vind.* fit autem ut habeat fructus et reliqua, quæ extare desierunt, dando, non tradendo. Quod ait, *si per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse,* non obscure significat posse me consequi non tantum pretium fundi, sed etiam fructus postea captos: fundum enim habere propter fructus mea interest. Fundum si habuissem, percepissem fructus, quibus ideo careo, quiam fundum non habui. Est autem id quod interest, quod abest, cum possemus habere, quodque lucrari potuimus. *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* In eoque genere omnium confessione habetur, si circa rem consistit id quod habituri fuerimus. *L. si sterilis, §. cum per venditorem, supr. de act. em.* Talis autem sunt cujusque rei fructus, aut omnino quod circa consistat, nihil est. Et vero in eo quod interest in re quaque æstimando prima ratio habetur fructuum, ut constat ex *L. 1. §. non solum supr. unde vi.* Neque hic audiendi sunt, qui dicunt fructibus petitis plus stipulatorem consequi, quam si agat in id quod interest: quod Bartolus in hac specie ad conciliationem horum locorum tentat efficere: quantumcunque enim fructum percepit promissor ex fundo quamvis diligentissimus et optimus paterfamilias, tantdem ego percipere potui natura vel per me, vel per alios. Cum autem de fructibus æstimandis agitur, non quid habeat petitor ex suis fundis, aut quid habere soleat, sed quid ex eo, qui restitui debuit habere potuerit, sperandum est. *L. sinanis. §. ult. supr. de rei vind.* de quo et et scripsi alias in *Commentario de mora.* Quid ergo est? dicendum est multum interesse, utrum stipuler, fundum dari simpliciter; an fundum dari, præstari certo die. Illic fructus non præstantur, quia in stipulationem non veniunt, ne post moram quidem; quæ sententia hic statuitur, et *d. L. videamus. §. si actionem. de usur.* Hic præstantur, si sua die fundus datus non sit, quia, hac conditione deductum est in stipulationem id quod interest, et per hoc fructus, quicunque præstito fundo haberi potuissent. Diei certi adjectio hanc in se conventionem habet: non enim frustra dies adjectus est: aperte adjectio huc spectat, ut præstetur ejus temporis utilitas. Ut ergo cum stipulor aliquid certo loco dari, ejus loci utilitas venit, quia adjectione loci, idest, conventione ejus loci utilitas petita est. *L. 2. in princ. et §. ult. supr. de eo quod cer. loc.* Ut præterea cum stipulor mihi aut Titio, utrum ego velim, adjectione personæ id cavisse intelligor, quod illi dari mea interest, placetque ob eam caussam si illi datum non sit, id ipsum quod mea interest, peti posse. *L. liber. §. ult. infr. eod.* Sic omnino et cum certo die dari stipulor, diei adjectione tanquam conventione ejus temporis utilitas in stipulationem deduci intelligitur. Unde in hac adjectione intervenire utilitatem temporis, quæ et ipsa præstanda sit, scriptum est in *L. 4. in princ. supr. de eo quod cer. loc.* In his autem adjectionibus tribus loci, personæ, temporis, spectari earum rerum utilitates, ac si datum non sit, ut de his rebus convenit, æstimari eas utilitates propter conventionem, pluribus ostendi in Commentario *de eo quod interest. Cap. penult. circa finem.*

Ad L. *Si procuratori.* 79.

Paulus *lib. LXX.* ad Edictum.

Si procuratori præsentis fuerit cautum: ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit.

Species, in qua per liberam personam alteri actio acquiritur, exposita ad *L. stipulatio ista §. alteri. supr.*

Ad L. *Quotiens in stipulationibus.* 80.

Idem *lib. LXXIV.* ad Edictum.

Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est: commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur, in tuto sit.

S U M M A R I U M.

1. *Regula de interpretatione stipulationis ambiguæ.*

1 Locus est de interpretatione ambiguæ stipulationis, continens exceptionem illius regulæ, in stipulationibus cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse, quæ traditur in *L. stipulatio, ista, §. alteri, supr.* exemplum exceptionis appositum habemus in *L. eum qui calendis supr.* Vide quæ scripsi de tota quæstione ad *L. ubi, supr. de reb. dub.*

Ad L. *Quotiens quis.* 81.

Idem *lib. LXXVII.* ad Edictum.

Quotiens quis alium sisti promittit, nec adiicit pœnam, puta vel servum suum, vel hominem liberum: quæritur an committatur stipulatio. Et Celsus ait, et si non est huic stipulationi additum nisi steterit, pœnam dari: id quanti interest sisti, contineri; et verum est quod Celsus ait. Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet.

S U M M A R I A.

1. *Promittens se alium stiturum obligatur.*
2. *Stipulatio hæc, Illum sisti promittis, an pœna nulla adjecta valeat.*

1 Cum quis alium se stiturum promittit, hoc modo, illum sistes? sistam: nulla dubitatio est, quin stipulatio consistat. *L. stipulatio ista, §. pen. sup.* aperte enim hoc verbo sub agendi significatione promittit se facturum, ut alius stet; id quod verbum sistere

Latinis significat. Ita de suo facto promittit; quod unumquemque facere posse certum
2 est. † At si alium sisti promittat, ita concepta stipulatione, illum sisti promittis? impersonali verbo. Incidit res in dubitationem, an stipulatio valeat, quoniam hoc verbo promittit per omnes etiam maxime extraneos futurum; ut alius stet: in quo factum alienum non obscure promittitur: ac factum alienum inutiliter promitti constat: nisi pœnam adjecerit stipulator, si ille de quo cautum est, status non esset, *d. L. stipulatio ista*. Et placuit stipulationem valere, etiam nulla adjecta pœna, quod hic scriptum est, et *L. ult. supr. si quis in jus voc.* In quo ad diluendam objectionem eadem responsio est parata, quæ de illa stipulatione, mihi habere licere spondes, in *d. L. stipulatio ista*, eum nimirum, qui promittat alium sisti, promittere quidem per alios futurum, ut illa stet: sed promittere etiam per se futurum. Quatenus promittat factum alienum, stipulationem non tenere: quatenus promittat de se, ipsum obligari. Ac nulla pœna adjecta committetur stipulatio in id quod stipulatio in id quod stipulantis interest illum sisti, ut fit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si pœnam*, *§. ult. Instit. eod.*

Ad §. *Si procurator sisti.*

Si procurator sisti aliquem sine pœna stipulatus sit, potest defendi, non suam, sed ejus cujus negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse: idque fortius dicendum *si quanti ea res*, stipulatio proponatur procuratoris.

SUMMARIA.

1. *Procurator aliquem sisti, an recte stipuletur, et quæ dubitandi ratio.*

2. *Procuratoris quatenus intersit alium sisti.*

Supra scriptum est, hanc stipulationem, illum sisti spondes, valere, quamvis nulla pœna adjecta. Si dominus in causa sua ita
1 stipuletur, admittendum est: † etiamne, si in causa domini idem stipuletur procurator? Movet quæstionem, ut indicatur in *L. pen. supra. si quis caut.* quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem attinet, nihil interest sisti: constat autem inutilem esse stipulationem, si quis stipuletur, quod sua non interest. *L. stipulatio ista*. *§. alteri*, *supr.* et præsertim si consistat stipulatio in faciendo; in quam id venit, quod stipulantis interest. *L. si pœnam supr.* Et hic scriptum est, itemque in *d. L. pen. supr. si quis caut.* explicatius, etiam in persona procuratoris hanc stipulationem esse utilem. Nam si quæratur de eo quod interest, non procuratoris, sed ejus cujus negotium gessit, utilitatem in ea re spectandam esse, hanc in stipulationem deduci, ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur, proinde et tantum possit petere. Sed hac ratione, dicet aliquis non tollitur objectio, sed adstruitur: ut enim inutilis sit stipulatio, satis est nihil interesse stipulantis, *d. §. alteri*, quod hic fieri confirmatur superiore responso, et nominatim confitetur Neratius in *d. L. pen. si quis caut.* Dicendum est nihil hic proprie et principaliter interesse procuratoris alium sisti. et ut Neratius loquitur, quod ad ipsius utilitatem (intellige propriam) attinet, nihil ejus interesse: nam si domini nihil interest, ne procuratoris quidem interfuerit. De hac utilitate sentit illic Neratius. et hoc loco Ulpianus, cum utilitatem procuratoris negant in stipulationem venire. † Sed non ideo in hac 2
re procuratoris alium sisti nihil interest, si domini intersit: imo vero quanti id fieri domini interest, tanti interest et procuratoris per consequentiam propter obligationem mandati, qua domino tenetur: obligatur enim domino, ut quanti ejus interest, tantum judicio persequatur, quod consecutus illi præstet. Quod nisi sit, tantum illi judicio mandati præstare cogitur. *L. si quis mandato*, *supr. de neg. gest.* Itaque qui domini interesse dicunt, et hoc deduci in stipulationem, vi ipsa et hactenus procuratoris interesse statuere intelliguntur: sic tamen ut hoc totum pendeat ex domini utilitate.

Ad L. *Nemo rem suam.* 82.

Idem *lib. LXXVIII.* ad Edictum.

Nemo rem suam utiliter stipulatur: sed pretium rei suæ non inutiliter. Sane rem meam mihi restitui recte stipulari videor.

De stipulatione rei meæ dixi ad *L. si rem meam* 31. *supr.*

Ad §. *Si post moram.*

Si post moram promissoris homo decesserit: tenetur nihilo minus proinde ac si homo viveret: et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere.

Expositus est hic locus ad *L. si ex legati, causa*, 23. *supr.*

Ad L. *Inter stipulantem.* 83.

Paulus *lib. LXXII.* ad Edictum.

Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur: itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet dolum malum abesse, abfuturumque esse, non simplex abnutivum spondet; sed curaturum se ut dolus malus absit. Idemque in illis stipulationibus, *habere licere:* item *neque per te, neque per heredem tuum fieri quo minus fiat.*

SUMMARIA.

1. *Factum alienum inutiliter promittitur; cujus juris ratio a Paulo hic proposita declaratur: excipiuntur duæ species.* et n. 4.
2. *Promittens non de se, seu non se daturum facturumve, duas ob causas non obligatur.*
3. *Promittens alium daturum facturumve non videtur promisisse se curaturum, ut ille alius det aut faciat.*
5. *Prætoria stipulatio*, Rem ratam dominum habiturum: *et hæc conventionalis*, Illum fidejussurum spondes, *etsi sint de facto alieno, sunt tamen utiles et quæ ratio.*
6. *De stipulationibus additiis.*
7. *De stipulatione*, Dolum malum abesse abfuturumque esse, *et similibus hoc loco tractandi quæ paulo fuerit occasio, deque vi earundem.*

1 Ut stipulatio utiliter ita contrahi non potest, ut alteri detur, aut fiat, quam stipulanti; *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* sic non potest ita, ut alter det aut faciat quam promissor: de quo ita est regula juris tradita hoc loco, et in §. *si quis alium. Instit. de inut. stip.* si quis alium daturum, facturumve promittat, non obligatur: et alibi his verbis, *factum alienum inutiliter promittitur.* L. sicut. *inf. de fid. d.* L. *stipulatio ista*, in

prin. sup. Quod qua ratione constitutum sit, non immerito dubitatur; dum enim deducatur in obligationem, quod natura sua fieri potest, nihil esse videtur impedimento stipulationi. *L. si stipulor, supr. hac eod. L. §. sacram* illic. *quia præsentis.* Dubium autem non est, quin ut alius det aut faciat, res sit ejusmodi, quæ possit fieri natura. Ergo hujus juris rationem reddidit Paulus hoc loco, quia *inter stipulantem*, inquit, *et promittentem negotium contrahitur.* Si *negotium* hic intelligimus stipulationem, ratio adversus eum facit: nam et cum quis promittit alium daturum, facturumve, contrahitur stipulatio inter stipulantem et promittentem, unde concludi oporteret etiam hic stipulationem recte contrahi, et inde obligari promissorem. Sed *negotium* accipi debet negotium, res, seu caussa dandi faciendique de quibus conficitur stipulatio. Hoc negotium inter stipulantem et promittentem contrahitur, idest; contrahi debet, ut stipulatio valeat, seu jure contrahitur, non aliter. Ut illud apud Justinianum, *Inst. eod.* in princ. *verbis stipulatio contrahitur*, valet, verbis contrahitur, non aliter. Item illud, ex *L. continuus, §. 1. infr. stipulatio ex utriusque consensu perficitur*, declarat, perficitur, non aliter. Hac ratione posita, a qua exorditur Paulus, recte infert id de quo quæritur: itaque, inquit, alius pro alio promittens daturum, facturumve eum, non obligatur. Nondum tamen intelligebatur, quam recte hoc ex illo colligeret. Ideo id recte colligi ostendit subjecta ratione: huc enim referri oportet, quod sequitur; *nam de se quemque promittere oportet.* Nimirum ad id efficiendum, quod intulit, assumi ita oportebat; at cum quis alium daturum, facturumve promittit, negotium inter stipulantem et promittentem non contrahitur. Id vero intelligi vult superiore ratione: ideo enim in proposito non contrahitur negotium inter stipulantem et promittentem, quia ut negotium fit cum promittente, eum de se promittere oportet; quod is non facit, qui promittit de alio; recte igitur colligit eum, qui ita promittat non obligari. Res erit planior, si argumentatio sui partibus exposita recto ordine proponetur, subjectis uniuscujusque partis rationibus. Est vero de sententia Pauli, ut mihi videtur, hæc argumentatio: In stipulatione negotium seu res, quæ geritur, inter stipulantem et promittentem contrahi debet, ut sit inter eos ejus rei obligatio constituta, quemadmodum debet et in omni alio contractu inter contrahentes: al oqui nulla stipulatio, nullus contractus est. Cum autem quis promittit alium daturum, facturumve res seu obligatio inter stipulantem et promittentem non contrahitur. Nulla igitur hic stipulatio, nec ex ea promissor obligatur. Quod ait negotium inter stipulantem et promittentem contrahi debere, ut aliquid agatur, sumit pro confesso: sic autem demonstratur. Necesse est enim rem, seu id quod dari, fieri debet ex stipulatione, aut inter stipulantem et promittentem contrahi, aut inter alios. Non potest inter alios: quia res inter alios acta aliis non nocet, toto Tit. *res int. al. act. vel jud. aliis non noc. C.* restat, ut contrahi debeat inter eos, inter quos negotium geritur, conficiturque stipulatio. Quod subjicimus negotium seu rem non contrahi inter stipulantem et promittentem, cum quis promittit alium daturum facturumve, assumptio est, quam Paulus prætermisit: sed pro ea subjecit ejus assumptionis rationem. Cum enim ait, *nam de se quemque promittere oportet*, perinde est quasi diceret, nam hic non contrahitur negotium cum promittente, propterea quod de se quemque promittere oportet, si obligationem, de qua contrahenda agitur, secum constitui volt, quod is non facit, qui de alio promittit. Quod si apertius simpliciusque dicendum est, et vere: ideo qui alium daturum facturumve promittit, non obligatur, non quia promittit de alio, quasi persona alterius expressa, hic quidquam impossibile aut jure improbatum habeat stipulatio: sed quia de alio promittendo, non promittit de se: de se autem quemque promittere oportet, si obligari vult, ut
inquit Paulus. Cur autem non obligetur, 2
qui de se non promittit, seu qui non promittit, seu qui non promittit se daturum, facturumve, duæ sunt caussæ: una, quod non consentit, ut det, aut faciat; altera, quod id non promittit; quarum utraque per se sola ex regulis communibus stipulationum ad impediendam stipulationem est satis. Primum hoc certi juris est neminem obligari, ut det, aut faciat, nisi qui in id consenserit, ut det aut faciat. Nulla enim ex contractu obligatio sine consensu ne ex stipulatione quidem. *L. 1. §. 1. supr. de pac.* hac *L. §. 1.* At qui in stipulatione non promittit se daturum facturumve, non consentit in hoc, ut det, aut faciat. Unde enim colligatur hic consensus nisi ex verbis, quibus id promittat? quæ nulla esse confitemur: agimus enim de eo qui non promittit se facturum. Proinde qui se daturum aut facturum non promittit, consensu dandi faciendive remoto, ut det aut faciat obligari non potest. Quod si aliquem velle dare aut facere proponamus; non tamen satis

est ad eum obligandum, nisi etiam promittat
verbis se daturum aut facturum. Constat e-
nim stipulatio interrogatione: sed constat
jam promissione *L. 1. C. de usur. L. 1. C.
de cont. et com. stip* tantumque debetur ex
stipulatione, quantum promissione contine-
tur. *L. quidquid, infr.* Ita fit ut quem fatemur
de se non promittere, hunc eundem ex
stipulatione non obligari fateri cogamur. Ra-
tum igitur hoc esse debet, quod et pro ex-
plorata ratione ponit Paulus, de se quem-
que promittere debere, si eum obligari vo-
lumus; et quod idem est, neminem obligari
posse ex stipulatione secundum regulas con-
ventionum omnium, et maxime stipulationis,
si non promittat se ipsum daturum aut fa-
cturum. At qui nihil de se promittit, nihil
promittit se daturum, facturumve, qui alium
daturum, aut facturum promittit, eoque nec ut
det ipse, aut faciat consentit: nisi forte alterius
factum meum factum est, aut alterius obli-
gatio mea obligatio dicenda est. Necesse est
igitur eum, qui id faciat totidem de caussis
secundum regulas juris non obligari. Qua-
mobrem et alibi recte dicitur in universum
factum alienum promitti inutiliter. *d. L. sicut,
infr. de fid.* ubi scilicet neque obligetur is,
qui promisit, quia nec voluit obligari, nec si
vellet, promisit; neque is de quo promissum
est, quia certum sit ex alterius contractu ne-
3 minem obligari. *L. 3. C. de ux. pro. mar.* †
Cum hanc stipulationem esse inutilem, eum
promissorem ex ea non obligari dicimus,
perspicuum est hoc dici, eum, qui promisit
alium daturum, facturumve, non videri pro-
misisse se curaturum, ut ille alius det ut
faciat, quod quidam putant: alioqui utilis
esset stipulatio, et hactenus obligaretur ex ea
promissor: de quo plura diximus ad *B. sti-
4 pulatio ista, in princip.* † Non tamen omnes
omnino inutiles stipulationes sunt, quibus
factum alienum verbis promittitur. Duæ
5 species exceptæ: † prætoria stipulatio, rem
ratam dominum habiturum, quæ domino
ratum non habente, quod a procuratore
actum est, committitur in id quod stipula-
toris interest. *L. si commissa. L. si procu-
ratori, infra, rem rat. hab.* et hæc con-
ventionalis, qua quis promittit certam per-
sonam pro se fidejussuram. *L. qui autem,
§. 1. supra, de pecun. constitut.* Excipien-
darum ratio hæc fuit. Nam quod ad præto-
riam attinet rem ratam haberi, hæc ut et
reliquæ prætoriæ, legem et interpretationem
accipit ex mente Prætoris, qui eam proposuit.
L. in conventionalibus, supr. Constat autem
edicto exigi a procuratore acturis ea gratia,
ut hac cautione reo consulatur adversus
incertitudinem judicii: periculum est enim,
ne iterum dominus de eadem re experiatur.
L. servum. §. ult. supra, de proc. Instit. *de
satisd. in prin. vers. procurator vero.* Neque
porro aliter his verbis, *dominum ratum ha-
biturum*, reo consuli potest, quam si quan-
doque domino iterum agente stipulatio com-
mittatur in id, quod stipulatoris interest: Unde
et hoc ipsum agi, ut id præstetur, intelle-
ctum est. Illa autem stipulatio, Illum fidejus-
surum spondes? ex ea obligatione, ad quam
refertur, interpretationem certam accipit:
quoniam enim id agitur, ut reus præsentis,
aut futuræ obligationis causa det fidejusso-
rem; existimari debet, quidquid reus de fu-
tura alterius fidejussione cavit, eum ad id
retulisse, cujus caussa de fidejussore caveba-
tur, nimirum ut ipse fidejussorem daret.
Sic solent etiam aliis in rebus ex iis, quæ
præcesserunt, ea quæ sequuntur, cum ad
illa referuntur, interpretationem capere, et
certa fieri. *L. si servus plurium. §. ult. supr.
de leg. 1.* Arg. in *L. Titia. §. 1. infr. eod.*
Cum autem constat quid actum sit, etiam
in stipulationibus id sequimur: non id quod
scriptum est. † In hoc numero non recte 6
excipiamus, opinor, stipulationem ædiliciam,
servum furem non esse, fugitivum non esse,
erronem non esse, servum esse, et si quid
est, de quo in mancipii venditione edicto
Ædiles caveri jubent: de quo genere est in
L. si ita quis, supr. de evict. Etsi enim si
verba spectantur, stipulatio est inutilis; re
et sententia valet, ut in duabus caussis pro-
xime exceptis. Hic tamen venditor de præ-
sente conditione rei promittit; de facto alieno
nequaquam, nisi præterito, quod huc non
pertinet: ubi factum alienum inutiliter pro-
mitti intelligi volumus, cum quis promittit
alium daturum, facturumve in futurum. Sed
etsi venditor promittat in posterum servum
non vitiosum fieri, qua etiam in specie placet
stipulationem valere, quæ verbis videtur con-
tinere rem impossibilem: *L. 3. C. de æd.
act.* tamen ne hanc quidem recte retuleri-
mus inter exceptiones superioris regulæ: quo-
niam ad regulam non pertinet: His enim
verbis, *servum in posterum vitiosum non
futurum*, puta non furem, non fugitivum, non
erronem, non promittit venditor servum ali-
quid venditori facturum aut non facturum,
sed mores servi non mutatum iri in deterius.
Ita semper de conditione rei promittit, etsi
promittit de futura. Species potius ad genus
impossibilium stipulationum referendæ sunt,
inter quas et hæ habentur, si spectetur res,
quæ verbis promittitur, ut declaratur *d. L.
si ita quis, de evict. et d. L. 3. C. de æd.*

act. Sed sententia contrahentium exelpiuntur ex eo genere, quia cum ad hanc ventum est, intelligitur promitti id, quod stipulantis interest rem talem esse aut non esse, qualem venditor affirmavit, et prumisit, ut fit in omnibus, quæ venditor de re dixit, aut promisit. *L. sciendum, in princ. et* §. 1. *supr. de ædil. ed.*

7 *Et qui spondet.*) ✝ Quam recte res, ut vi dentur, tam diversas misceat Paulus, quæri potest. Credibile est hæc sumpta esse ex eo loco, ubi Paulus disserebat de hac stipulatione, dolum malum abesse, abfuturumque esse spondes? et de similibus, quarum hic meminit. Initio autem ita statuisse, si quis spondeat dolum malum abesse a se heredeque suo, recte spondere; de se enim promittit. Sin spondeat dolum malum abesse etiam ab alio, quatenus id facit, eum non obligari; hac ratione addita, quia factum alienum promittat, hoc autem qui faciat, jure non obligetur. Hinc per occasionem obiter hujus juris reddidisse rationem, illam videlicet, quæ initio hujus capitis posita est. Et certe extat de hujusmodi stipulatione disputatio Ulpiani eodem ordine, et eadem ratione tractata in *L. stipulatio ista, in princ. supr. eod.* Hæc qui initio disseruit Paulus, nihil facit alienum ab instituto, si pergens de eodem genere subjicit quod sequitur, stipulationem hanc videlicet, dolum malum abesse a te heredeque tuo, et similes in non faciendo conceptas, quas commemorat, non *simplex abnutivum* continere, sed faciendi qooque promissionem habere adjunctam fore, ut promissor curet, ne fiat, quod ipse se non facturum promisit. Continent illæ quidem, seu spondent, ut ille loquitur, *obnutivum*, idest, rem in abnuendo, idest, negando seu non faciendo positam: nam his verbis dolum a me heredeque meo abesse, abfuturumque esse spondeo, hoc declaratur, nihil dolo feci aut faciam, heresve meus. Similiter his verbis, tibi per me rem habere licere spondeo, hoc dici intelligitur, per me non futurum, seu me non facturum, quominus tibi habere liceat, ut docui ad *L.* 3. *supr.* De illa tertia stipulatione non dubitatur, per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat: nam hæc verbis ipsis negationem expressam habet. Sed etsi superiores stipulationes ita in non faciendo sunt, ut diximus, in quo ille *obnutivum* spondere ait; non tamen simplex, inquit, idest, non solum abnutivum spondent; quod significat non esse solum eas in non faciendo: sed in his promissor de facto quoque suo hoc eavet *curaturum se, ut dolus malus obsit;* ut stipulator non interpelletur, quominus rem habeat; ut ne prohibeatur, quominus eat agat. Quod et scriptum est in *L. in illa,* 50. *supr.* Atqui verba in non faciendum tantum concepta sunt, nec quidquam aperte de hac cura præstanda adjicitur: neque vero in stipulatione plus esse interpretari debemus, quam verbis continetur. *L. quidquid, infr. eod.* Unde igitur hujus facti obligationem in hanc stipulationem admittimus? ex verbis ipsis. Ideo Paulus eum, qui spondet dolum malum abesse abfuturumque, non dicit obligari, ut curet, ut dolus absit; sed dicit aperte eum spondere *curaturum se, ut dolus malus obsit.* Et recte superiorum enim stipulationum verbis hoc cavetur, ne quid promissor dolo, aut vi faciat adversus id, de quo cautum est. Manifestum est eum dolo facere, qui alium contra facientem patitur, si prohibere potest. Arg. in *L. nullum, infr. de reg. jur.* Verbis igitur hoc cavet se eum non passurum. Hoc autem nihil aliud est, quam spondere se daturum operam, ne id fiat, et quod in se erit, prohibiturum. De vi et injuria notum est illud Ciceronis, *Lib.* 1. *de offic.* etiam *facere videri eum, qui non propulsat, si potest injuriam.* Quare et his verbis non faciam, quo minus rem habeas, qoominus eas, agas, hoc continetur, alium facientem, quem prohibere possim, non feram, eoque etiam ne faciat, curabo. Dixi, quem prohibere possim: quia adversus eum, quem non possim, nulla cura aut diligentia proficitur. *L. ad eos. supr. com. L. si ea res, supr. de act. em.* Quo intelligi volumus ex his stipulationibus non teneri promissorem ob dolum et factum alienum, nisi is faciat, quem promissor possit prohibere; de quo dixi plura ad *L. stipulatio ista, in pr.*

Ad §. *Si Stichum stipulatus.*

Si Stichum stipulatus, de alio sentiam, tu de alio: nihil actum erit; quod et in judiciis Aristo æxistimavit. Sed hic magis est ut is petitus videatur, de quo actor sensit. Nam stipulatio ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam in invitum redditur: et ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio non nisi ex utriusque consensu valet.*
2. *Dissensus in corpore quatenus stipulationem vitiet.*
3. *Dissensus quomodo declaretur.*
4. *Dissensus actoris et rei, judicium non fit irritum.*
5. *D ssensu quatenus emptio vitietur.*

1 Stipulatio conficitur verhis unde, dicta
verborum conceptio: *L.* 5. §. *stipulatio*, *supr.*
sed ita, ut non valet, nisi ex stipulantis et
promittentis consensu. Commune hoc om-
nium contractuum. *L.* 1. §. 1. *supr. de*
pact. speciatim autem confirmatur de stipu-
latione hoc loco, et in *L. continuus*, §. 1.
2 adjecto utrobique exemplo. † Nam si Stichum
stipulatus de aliu sentiam, tu de alio. placet
non obligari te, ut præstes saltem. quem pu-
tes minimi pretii ex his servis, quos habes
hoc nomine: sed umnino nihil actum esse:
itaque ne vilissimum quidem a te peti posse.
Sed hoc ita est, si re vera stipulator de alio
sentiat. promissor de alio, deque eo consta-
bit: nam in re dubia hoc sequimur, ut sti-
pulatio valeat potius. quam peterat. *L. quo-*
ties, in, supr. L. quoties in actionib. L. ubi,
3 *supr. de reb. dub.* † Sic autem constabit, si
stipulator sensisse se de certo dicat, eumque
petat. promissor dicat et probet se sensisse
de alio. Primum volumus stipulatorem ita
intendere, ut certum Stichum petat, et dicat
se de eo cogitasse. Non abs re: nam si verbo
Stichi neget se intellexisse hunc aut illum
certum, sed cum promissor plures haberet
ejusdem nominis, dicat se quemlibet ex iis
stipulatum esse, non poterit promissor dicere
se sensisse de alio; cum stipulator communi
verbo omnes Stichos sit complexus, et pro-
missor eodem verbo respondens in unum
aliquem consenserit. Itaque valebit stipula-
tio hoc casu etiam ex consensu. Solum
quia ambigua oratio est, eoque incertum,
de quo Sticho contrahentes senserint, hacte-
nus obligabitur promissor secundum regulas
juris, ut ambiguitas noceat stipulatori. ac

propterea promissori liceat, quem velit ex iis, quos habet, dare. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationib. supr. L. cum quæritur. supr. de reb. dub.* Primus ergo ad hunc dissensum declarandum gradus est, ut dicat stipulator se de uno certo sensisse. Quod si promissor non negabit, non erit opus ad id probandum alia probatione, quando adversarii confessione pro vero habebitur. Sin negabit, sic probari potest, si stipulator dicat se hunc adhuc no se hoc nomine, quem promissor haberet; an haberet alios ignorasse. Quod ideo probabit, quia facti alieni ignorantia est, ut tolerabilis, sic et probabilis *L. quamquam supr. ad S. C. Vell. L. ult. supr. pro suo.* Mitto conventionem præcedentem; quæ etsi potuit esse de certo Sticho; magis tamen tunc locum habet. cum quæritur, quid actum sit. Hoc constituto stipulatorem sensisse de certo Sticho, hoc sequi volumus, ut promissor dicat se sensisse de aliu suo, qui sit eodem nomine; nec dicat tantum, sed etiam probet: nam cum dicat, ipsum probare oportet. *L.* 2. *supr. de prob.* Probabit autem, aut si doceat se nominatim dixisse antea, de quo sentiret, aut si probet nescivisse se eum servum se in bonis habere, de quo stipulator dicit; vel quod alibi emptus esset ipso ignorante a procuratore ejus, vel quod nunciatum ei esset antea pro certo eum servum decessisse. Neque enim videri potest quisquam de ea re ut sua cogitasse, quam an haberet, ignoravit. *L. qui cum tutoribus*, §. *ult. L. non est*, *supr. de trans.* Hæc cum ita constabunt. tum vere dicetur stipulationem nullam esse, quia in Stichum consensum non sit. de quo hic agitur. Itaque nihil obstant illa, in ambigua

stipulatione id agendum esse, ut stipulatio sit in tuto, *d. L. quoties in supr.* Item cum quæritur, quod actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse, *d. L. stipulatio ista. §. in stipulationib. d. L. cum quæritur, de reb. dub.* Hæc enim omnia dicta sunt de interpretatione ambiguæ stipulationis: locum non
4 habent in re certa. † Adversari tamen videbatur superiori sententiæ exemplum judicii; in quo si quis Stichum petierit ab eo, qui duos hujus nominis haberet, quique simpliciter negasset se Stichum debere, deinde probationem conferat in certum hominem; placuit hunc ipsum Stichum esse spectandum, de quo actor dicat se sensisse; et quamvis reus se de eo sensisse neget, ac paratus sit etiam id probare, ut supra probari posse diximus, tamen non esse audiendum, sed et judicium consistere nihilominus, et de eo ipso Sticho judicium fieri oportere: non tantum quia in re dubia actori potius credatur, quam reo, ut hic scriptum est; sed, etiam quia etsi constaret reum dissensisse, tamen in intentione ambigua id accipiendum sit, quod actori sit utilius, ne alioqui judicium sit elusorium. *L. si quis intentione. L. solemus, supr. de jud.* Quod quam recte constitutum sit, alibi scripsimus: neque est hujus loci, ut de eo plura dicamus. Solum hoc quæritur, an exemplum iis adversetur, quæ de stipulatione Stichi diximus, cum similiter stipulator de uno sensit, promissor de alio. Et videri potest maxime adversari. Ne quis enim argumentum ut dissimile repudiet, duo hæc in consensu comparantur, judicium et stipulatio; traditurque ut stipulatione, sic judicio contrahi. *L. 3. §. idem scribit, supr. de pecul.* Ob hanc caussam Paulus cum de stipulatione dixisset, convenientissime de judicio subjecit, ut objectionem removeret. Diluit autem ad hanc sententiam: exemplum nimirum ideo non obstare, non quod in judiciis idem dicendum sit, quod in stipulatione, ut Aristonem Paulus refert existimasse, cujus sententia displicuit; sed quia stipulatio ex utrjusque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur. Recte pugnant enim inter se, in judicium consentire, et judicium invitum et nolentem accipere. Non est igitur necesse ad judicium accipiendum, ut consentiat reus in rem, quæ petitur, de qua etiam si nolit accipere judicium cogitur. At enim judicio contrahitur itidem ut stipulatione, ut paulo ante diximus. Contrahitur, nec sine consensu; sed ita, si spectetur id, quod fit, cum judicium accipitur. Etsi enim cogitur reus accipere: tamen coactus vult, cum suscipit, ut de eo responsum est, qui coactus adiit hereditatem. *L. si mulier. §. si metu. supr. quod met. caus.* At si spectetur initium rei gerendæ, non consentit; qui cogitur, cui si liberum esset, judicium non acciperet. † Quod juris est de stipulatione, 5
hoc idem multo magis de emptione Stichi dicendum est, nullam esse hanc emptionem, videlicet, ubi venditor de alio senserit, emptor de alio: cum emptio non solum desideret consensum, ut cæteri contractus; sed etiam ex eorum genere sit, qui perficiuntur solo consensu, idque de hac specie ita traditum est in *L. in venditionibus, supr. de cont. empt.* Sed hoc ita est, si Stichus principaliter venditus sit. Quod si venditus erit fundus, cujus in emptione dictum sit Stichum servum accedere; etsi de alio emptor, de alio venditor senserit, placet nihilominus fundi venditionem valere. *L. si in emptione, supr. de cont. empt.* Merito: neque enim propter dissensum, qui circa accessionem intervenit, irritam fieri oportet venditionem principalis rei, in quam consensum est. Alioqui eveniet, quod est præposterum, ut principalis caussa accessionem sequatur, non accessio caussam principalem; quod contrario modo fieri oportet; idque jure ita comprobatum est. Itaque principali caussa non subsistente, placuit non esse accessionibus locum: *L. cum principalis, infr. de reg. jur. L. si cum, §. qui injuriarum, supr. si quis caut. §. fidejussores, Inst. de fidejus.* illa per se consistente, accessiones sequuntur, et adjunguntur dumtaxat, non mutant rem principalem. *L. 4. §. si ex conventione, supr. de re jud.* Quod ipsum et in hac specie emptionis accidit: constante enim fundi venditione, de qua diximus, scriptum est in *d. L. si in emptione.* Stichi conventionem non inutilem futuram, sed hunc etiam accessurum. Recte hoc quoque ne decipiatur emptor, si fundum habeat sine Sticho, cum Stichum accessurum dictum sit. Adjicitur ibidem eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit: cui an contrarium sit, quod a veteribus traditum est, in emptione obscuram et ambiguam pactionem venditori potius nocere: *L. veteribus, supr. de pact. L. Labeo scripsit. supr. de contr. empt.* nihil ad hunc locum pertinet quærere, sed ad emptionem. Satis est nunc intelligi, quod de vi emptionis in accessione diximus, tametsi in accessione consensum non sit, nihil tamen cum hoc loco de Sticho principaliter in stipulatum deducto pugnare.

Ad §. *Si stipulante me.*

Si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum daturum te spoponderis: constat non teneri te, nec ad interrogatum esse responsum. Diversa caussa est summarum: veluti, *Decem aut viginti dari spondes?* hic enim et si decem spoponderis, recte responsum est: quia semper in summis id quod minus est, sponderi videtur. Item si ego plures res stipuler, Stichum puta et Pamphilum: licet unum spoponderis, teneris. Videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse.

De sententia hujus loci dixi ad *L.* 1, §. pen. supr.

Ad §. *Sacram, vel religiosam rem.*

Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra prophana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem prophanam, aut Stichum dari promisit, liberatur si sine facto ejus res sacra esse cœperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit: nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra prophana esse cœperit, et Stichus ex libero servus effectus sit: quoniam una atque eadem caussa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam et si navem quam spopondit, dominus dissolvit, et iisdem tabulis compegerit; quia eadem navis esset, inciperet obligari. Pro quo et illud dici posse Pedius scribit: Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo donec nascatur; et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum expectare debeam donec iterum nascatur, et dari possit: per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem. Sed hæc dissimilia sunt. Adeo enim dum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne hæc quidem stipulatio de homine libero probanda sit, *Illum, cum servus esse cœperit, dare spondes?* item, *eum locum cum ex sacro religiove prophanus esse cœperit, dari?* quia nec præsentis temporis obligationem recipere potest: et ea dumtaxat, quæ natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem Vini autem non species, sed genus stipulari videmur: et tacite in ea tempus continetur. Homo liber certa specie continetur: et casum adversamque fortunam expectari hominis liberi, neque civile, neque naturale est. Nam de his rebus negotium recte geremus, quæ subjici usibus dominioque nostro statim possunt. Et navis si

hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulæ destinarentur: licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis, et hæc alia dicenda est. Sed si reficiendæ navis caussa omnes tabulæ refixæ sint mundum intercidisse navis videtur; et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de ædibus deposita tigna ea mente ut reponantur, ædium sunt. Sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad prætorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur, et an eadem res sit quæritur.

SUMMARIA.

1. *Rebus, quæ dari non possunt in stipulationem deductis, non consistit obligatio.*
2. *Rerum, quæ dari non possunt tria genera.*
3. *De stipulationibus inutilibus generalis definitio.*
4. *Rei impedimento sublato, an quæ ab initio non subsistebat, convalescat stipulatio.*
5. *Stipulatione ab initio recte contracta, si res postea in commercio esse desinat, quatenus promissor liberetur.*
6. *Obligatio ab initio recte contracta, et propter impedimentum interveniens extincta, an impedimento cessante restituatur.*
7. *Series disputationis in hoc §. ostensa, ejusque lectio restituta.*
8. *Servus legatus si interim manumittatur, et postea servus denuo factus sit, an debeatur.*
9. L. 5. supr. de trit. vin. et ol. leg. *declaratur.*
10. *Ædificium sublatum, et eadem specie ac qualitate repositum, an idem, quod ante fuit, esse intelligatur.*

1 De rebos qoæ dari non possnnt, ita tra-
ditum est in *L. si stipulor.* 35. *supr. eod.* u-
bligationem non consistere, cum quid earum
rerum dari stipulor: qui locus explicatur hic
a Paulo diligentius. Et sane multo patet la-
tius, quam ut superiore definitione continea-
2 tur. † Earum rerom, quæ dari non possunt,
tria sunt genera. Aut enim res non est in re-
rum natura, nec esse potest, ut homo mortnus,
hippocentaurus: aut est quidem, sed exempta
hominum commerciis; cujus generis sunt,
quæ dicuntur divini juris, res publicæ, quæ
publicis usibus destinatæ sont, liber homo:
divini jusis res, sacræ, religiosæ, sanctæ. *L.
cum servus,* §. *ult. supr. de leg.* 1. *L. sed
Celsus, supr. de contr. emp.* Aut est etiam
res in commerciis hominum, sed nostra sti-
pulantium; quod enim nostrum est, amplius
nobis dari, idest, nostrum fieri non potest.
§. *sic itaque, Inst. de act.* Hæc genera re-
rum ordine persecutus Justinianus in princ.
tit. *de inut. stip. et* §. 1. totidem dicit esse
earum, quas si stipulemur, inutilis sit sti-
pulatio. Hoc loco sic agit Paulus de iis tan-
tum, quæ non sunt in commerciis, ut ta-
men sub una specie definitionem universi
generis ad omnes species pertinentem tradi
intelligere debeamus: uno hoc excepto, si
rem nostram sub conditione stipulemur, de
quo postea. Nam ut initio monui, sic de
his rebus comprehensum est in *d. L. si sti-
pulor*: ut dicatur non consistere obligatio,
si quid earum stipulor: idemque traditur
in princ. tit. de inut. stip. Sed non omnia
in hac definitione posita sunt, quæ ad sti-
pulationem earum rerum pertinet. Itaque
adhibebitur hic locus, in quo ea Paulus
complexus est, quibus similia legimus in
§. *nec in pendenti,* et §. *item contra, Inst.
de inut. stip.* † Est autem hæc summa: non 3
solum stipulationem esse inutilem, cum dari
stipolor id, quod dari non potest; sed ge-
neraliter stipulationem consistere, in qua
ejusmodi aliqua res stipulatione continetur
sive ab initio talis deducta sit in stipula-
tionem, sive eventu talis esse cœperit, ut
dari non posset. Ad hæc cum semel ob eas
res stipulatio inutilis constituta fuerit, sive
ab initio, sive postea, exinde ita stipulatio-
nem inutilem esse, ut quamvis mutata sit
postea conditio rei, et impedimentum subla-
tum, tamen nihilo magis stipulatio convale-
scat. Sed ordinem rerum cum Paulo secuti,
de iis agamus prius, quæ ab initio stipula-
tionis tales sunt, ut dare non possint. *Sacram
rem,* inquit, *religiosam, publicam, liberum*

hominem inutiliter stipulor; neque aliud de cæteris generibus judicandum est, ut est apud Justinianum *Instit. de inut. stip.* §. 1. Hoc quidem certi juris est talem esse stipulationem, quandiu res in stipulatum deducta talis

5 manet ; perseverat enim impedimentum. † At quid, si res sacra prophana. publica. privata, servus liber factus sit ? an non ea caussa sublata, quæ stipulationi obstabat, stipulatio valebit ? Arg. *L. quod dictum, supr. de pact. L. omnibus caussis* id. *infr. de regul. jur.* Non valebit. Prohibet regula Catoniana, quæ ad stipulationes quoque translata est Arg. *L. cætera*, §. 1. *supr. de leg.* 1. qua efficitur quod initio vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere. *L. quod initio, infr. de reg. jur.* quod significatur hoc loco illis verbis, *quamvis sacra, prophana fieri*, et in §. nec in pendenti, *Inst. de inut. stip.* Et merito non convalescit. Esse enim oportet, quod aliquo facto confirmari volumus : quod autem initio vitiosum est, quia contra jus est, perinde habetur, quasi gestum non potest. *L. non dubium, C. de leg. L. quoties. supr. qui satisd. cog.* Atque hoc rursum certum est, si quidem quod dari non potest, stipulemur pure, aut in diem : quibus in caussis non suspenditur obligatio in eventum. sed statim a principio aut nascitur, aut nulla est. At quid, si stipulemur sub conditione, et tempore exsistentis conditionis res sit in ea causa, ut dari possit ? an non hic saltem valebit stipulatio, ut spectetur id tempus, quo primum obligatio nascitur, et in quod dilata est : præsertim cum ita traditum sit, ad ea quæ conditionalia sunt, regulam Catonianam non pertinere ? *d. L. cætera*, §. 1. *supr. de leg.* 1, *L. pen. supr. de reg. Cat.* Et hoc in stipulatione rei propriæ placuit, si quis eam stipuletur sub conditione ; *L. si rem meam*, 31. *supr.* in cæteris rebus, quæ commerciis exemptæ sunt, admissum non est, ut hoc §. Paulus docet illic, *Sed hæc dissimilia sunt.* Quo loco observandum est, non solum earum rerum stipulationem repudiari, si eas sub alia quavis conditione stipulemur, nihil de mutatione status earum caventes, sed etiam si nominatim stipulemur in hunc ipsum casum, si dari posse cœperint : ut liberum hominem, cum servus esse cœperint, locum sacrum, religiosumve, cum cœperit esse profanus. Ratio hic redditur *ibidem* ; itemque in §. *item contra. Instit. de inut. stip.* Cur autem distinguantur hae in re res hujus generis, a re privata et nostra, rationem exposui ad *L. si rem meam*

5 *sup.* † Videamus de iis rebus, quæ recte deductæ in stipulationem quia dari poterant, postea inciderunt in eam causam, ut dari non possent. Et placet si sine facto promissoris id acciderit, exstingui stipulationem, proinde et debitorem liberari, ut hic scriptum est illis verbis, *nam et cum quis rem profanam*, et d. §. *item contra, de inut. stip.* qua argumento Paulus utitur, ut confirmet, cum ab initio deducitur in stipulationem, quod dari non potest; stipulationem esse inutilem : quod prius posuerat. Et recte utitur : facilius enim quid impeditur rebus integris, ne fiat, quam recte contractum rescinditur. Furiosus uxorem ducere non potest : matrimonio recte contracto si maritus furere cœperit, nihilominus matrimonium retinet. *L. patre, supr. de his qui sunt sui, vel al. jur.* Quare si qua causa tantum valebit, ut obligationem jam recte contractam dissolvat, certum argumentum esse debet multo magis rebus integris eam obstaturam, quominus res contrahitur Quo loco generale illud tenendum est. stipulationem omnem. omnemque omnino obligationem quamvis ab initio recte contractam exstingui, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. *L. pro parte, supr. de servi*, *d.* §. *item contra*, *Instit. de inu. stip.* de quo in *L. existimo, infr.* attigi supra ad *L. si ex legati, supra.* Sed hoc ita est, dum sine facto promissoris desinat res dari posse : aliquin contra : ut, si servum promissum manumiserit : si locum promissum religiosum, aut publicum fieri passus sit. *L. si servum*, inf. *L. is qui alienum. supr.* de quo diximus ad dictum *L. si ex legati.* †

6 Quid, si res recte initio promissæ, deinde deductæ in eam caussam, ut dari non possent, rursum mutata conditione incipiant dari posse ? finge Stichum alienum promissum esse ; manumissum a domino sine facto promissoris : deinde in servitutem recidisse, vel propter ingratitudinem, vel quia se vendi passus sit ad pretium participandum. Finge rem alienam publicam factam esse: deinde lege aliqua rursum privatam esse cœpisse : an non dicemus facilius pristinum statum recipere stipulationem, quæ ab initio semel valuit, ut propter impedimentum temporis interveniens magis videatur cessasse obligatio, quam penitus exstincta esset ? quæ sententia Celsi fuit. ut indicatur in *L. qui res* §. *aream. infr. de sol.* Paulus ait ; re postea commerciis hominum exempta sic exstingui stipulationem, et debitorem liberari, ut non revocetur res in obligationem. quamvis iterum mutata conditione dari posse cœperit, ut ab initio stipulationis poterat ; ut efficia-

tur hæc definitio, quam apertius expressit in *L. qui res*, *§. aream*, *infr. de sol.* in perpetuum sublata obligationem restitui non posse. Sed quoniam aliud scripserat Celsus, ut dixi, et is, ejusdemque rectæ auctores ad eam rem quibusdam argumentis utebantur, hic suscepit Paulus idem, quod in *d. L. qui res*, *§. aream*, ut reddita sententiæ adversus Celsum receptæ ratione, argumenta contraria dilueret ad ejus sententiæ confirmationem. Series autem disputationis observanda est, quo magis locus aliis, prope dicam, inaccessus facilius intelligatur. Ratio his verbis redditur, *quoniam una atque eadem*. Hanc excipit obiectio contrariorum argumentorum, illic, *nam etsi navem*; sequitur deinde refutatio in illis verbis, *Sed hæc dissimilia sunt*, usque ad finem §. Ait, *quoniam una atque eadem caussa et liberandi. et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari potsit*. Ratio est Pauli, ut dixi, adhibita, ad probandum id quod prius dixerat, liberato semel promissore ob id, quod res dari posse desiisset, obligationem postea ex eventu non revocari. Cujus rationis hic est sensus: quæ causa est, cur quis liberetur, eadem est, cur quis obligetur, sed in contrarium acta. Quod cum adiicimus, non solum vera ratione moventur, qua fit, ut contrariorum contrariæ causæ esse intelligi debeant, contraria effecta; sed etiam eodem Paulo auctore et interprete facimus, qui eandem sententiam expressit alibi his verbis, *fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*. L. fere, *inf. de reg. jur.* Proinde quæ causa est, ut quis liberetur, eadem vere est, cur ab initio non obligetur, et contra: et si planius dicendum est, eadem liberationis postea constituendæ causa est, quæ ab initio obligationis non contrahendæ. Ut enim liberatur quis, quia res dari jam non potest; sic ab initio ob eandem caussam non obligatur. Et contra, quæ causa est non constituendæ liberationis, eadem est ab initio obligationis contrahendæ: hæc nimirum quod res et initio et etiam nunc dari potest. Quod si eadem vere et simpliciter liberationis, causa est, quæ obligationis non contractæ, eandem quoque vim, eumdemque effectum ejus causæ in liberatione esse oportet. At in obligatione contrahenda hæc causa, *quod res dare non potest*, hoc efficit, ut ab initio nulla sit obligatio, quæ postea possit confirmari. Quare et ipsa postea incidens hoc idem efficiet, ut ex illo nulla obligatio esse incipiat. Quæ res faciet, ut non magis possit convalescere postea, quam si ab initio non constitisset.

Ait, *Nam etsi navem*: Sic in Pandectis Florentinis legitur: sic et in omnibus aliis exemplaribus scriptum esse omnes consentiunt. Sed perspicuum est particulam hanc, *nam*, non posse convenire huic loco: est enim rationalis, quæ rationem subiicit et confirmationem præcedentium. Nunc autem apparet ea, quæ subiiciuntur a Paulo, manifestam habere reprehensionem præcedentis sententiæ. Sed et illud animadvertere possumus, in verbis sequentibus positum esse a Paulo id, quod priori sententiæ obiiceret; Declarant illa verba huic parti postea subiecta, *Sed hæc dissimilia sunt*; quæ dissolutionem non unius alicujus objectionis præcedentis, sed plurium manifesto continent. Itaque non miror; si eruditi etiam interpretes, dum hanc lectionem retinent, et invita sententia pro ratione prioris sententiæ id habent, quod illam aperte oppugnat, non modo non sunt assecuti hunc locum, sed etiam totam ejus sententiam perverterunt. Sed non est animadversio difficilis: in his enim duobus verbis, *nam et*, retineamus easdem literas, et transponamus: reperiemus pro, *nam et*, esse *tamen*: quæ particula cum sit adversativa, et obiectioni proponendæ serviat, huic loco convenientissima est. Et vero necesse est eam ita restitui: subiicit enim Paulus, quæ sibi obiiciat, quæ deinde post; ut appareat, dissolvi; ut sit contextus hujusmodi; Obligatio semel soblata postea nulla mutatione rei revocatur. Tamen aliter videri potest: idque probari harum rerum argumentis, quæ sequuntur. Ergo argumenta hæc quæ sint, videamus. Ea sunt duo. Prius sumptum a nave, hujusmodi; stipulatus sum a te navem alienam: si dominus eam navem postea dissolverit, extinguitur obligatio; certe navis in ea caussa esse incipit, ut dare non possit. Et tamen si dominus dissolutum navem rursus compegerit, incipiet navis deberi, quia et dari posse cœperit. Ergo et in servo promisso idem dicendum est; si is manumissus sit primum, deinde rursum casu aliquo in servitutem redactus fuerit. Alterum argumentum sumptum est a fructibus, estque hujusmodi: stipulatus sum centum amphoras vini, quod nasceretur ex illo fundo: si hoc anno vinum natum sit, deinde sine facto promissoris amissum, res incipit in ea caussa esse, ut vinum jam dari non possit. Et tamen si sequentibus annis natum sit, ex fundo, ejus vini amphoræ debebuntur, quia jam dari posse cœpit. Quare et in servo promisso primum manumisso, deinde rursum iterum servo facto idem probandum est.

Ait, *sed hæc dissimilia sunt.* Solutio est propositæ objectionis, in qua prius respondet de fructibus ad hanc sententiam : non esse mirum, si servus ab initio promissus, deinde liber factus, desinat omni modo deberi, quamvis denuo postea servus esse incipiat ; propterea quod *cum liber homo promissus est*, inquit, *servitutis tempus spectandum non est. Cum liber promissus est*, sic accipe non tantum si ab initio stipulationis liber fuit, sed etiam si servus qui promissus erat, per id tempus quo promissus manet, liber esse cœperit, de quo præcipue quæritur, et ad quem objectio superior de fructibus collata est. Hujus libertas, quæ præcessit, faciet, ut aut jam ab initio non debeatur, aut postea desinat deberi : servitutis vero postea secutæ tempus non est spectandum. Cur autem non sit spectandum, probat hoc modo : primum quia non ita sit promissus homo liber, seu per id tempus, quo liber erit, ut si servus postea fiat, debeatur : deinde quia etsi promittatur nominatim hac conditione, si servus esse cœperit, tamen inutiliter promittatur : quoniam, inquit, *ea dumtaxat, quæ natura sui possibilia sunt*, idest, dari fieri possunt, recte *deducuntur in obligationem.* Cujus generis non est homo liber, qui ita dari non potest, ut non possit natura sua, secundum quam non magis aliis dari potest, quam nobis ; aliter atque res nostra, quæ dari quidem nobis non potest ; at dari potest alis. Unde placuit non obstare ejus naturam, quominus eam sub conditione recte stipulemur; *L. si rem meam. supr.* Utrumque horum dissimile est in fructibus. Fructus si promissi sint, qui ex fundo nascentur, et primo anno nulli percepti sint, aut percepti, sine facto promissoris consumpti : expectantur secundi anni fructus, et debentur, quia et promissi sunt, et vero promitti potuerunt. Promissos esse hinc probat, quod promissis fructibus non promittimus speciem certam alicujus anni, ut quis dicat ea specie consumpta nihil deberi ; sed promittimus genus seu fructus in genere, idest, non hujus aut illius anni, sed omnium annorum fructus. Promitti potuisse non probat, quia non fuit necesse : sunt enim fructus rei privatæ et ipsi privati, eoque et natura sua in hominum commerciis. Proinde fructibus promissis, quamvis non fuerit primo anno aut secundo quod daretur, tamen sequentium annorum fructus exspectandi sunt, cum poterunt dari, cum propter naturam rei promissæ, tum propter conventionem verbis comprehensum. Diceret aliquis, quod fit in fructibus futuris, idem et in homine libero admitti debuisse : cur enim debentur, et expectantur sequentium annorum fructus ? quia placet expectari, donec dari possint. Et quid vetat libero homine promisso hoc idem expectari, donec aliquo casu servus esse, idest, dari posse incipiat, atque ita debeatur? Occurrit huic dubitationi Paulus in illis verbis, *homo liber*; et ostendit ideo in libero homine expectari non posse, quia stipulatio contrahitur de eo, qui certa specie contineatur, qui idem certo sit liber. Hominis autem liberi casum adversamque fortunam, idest servitutem expectari neque civile neque naturale esse: quo significat rem et contra Jus Civile esse, et contra naturam. Contra jus Civile ; quia hoc jure non possumus contrahere, nisi de iis rebus, quæ subiici usibus, dominioque nostro statim possunt : quo referri debet ratio, quam subiicit. Contra naturam ; quia natura omnes homines liberi sunt ; servitus contra naturam, *L. manumissiones, supr. de just. et jur. L. 4. supr. de sta. ho.* Vel fortasse ideo contra naturam, quia tum tristis et omnino sa expectatio de homine libero sit contra eam necessitudinem et cognationem, quam inter nos natura constituit. *L. 3. supr. de just. et ju.* In cæteris rebus, quæ in commerciis non sunt, ut sacris, religiosis, publicis, cur placeat has inutiliter permitti etiam addita hac conditione, si sacræ, religiosæ, publicæ esse desierint, traditur in *L. continuus, §. pen. infr.* De nave respondet illis verbis, *Et navis hac mente.* De ea major est dubitatio. Nam ut in servo promisso, qui postea manumittitur, continetur certa species, et ea quæ manumissione desinit esse ea, quæ fuerat : sic et nave promissa promittitur item certa species, ac postea dissoluta navis esse desinit, ut non abs re videri possit in utraque specie specie idem probandum fuisse juxta Celsi sententiam. Et Paulus ait, si navis dissoluta sit hac mente, ut tabulæ in alium usum transferrentur, licet mutato consilio reficiatur, tamen et peremptam priorem navem, et hanc refectam aliam dicendam esse. Quo intelligi vult non aliud in hac specie probandum esse, quam de servo promisso, ac postea manumisso diximus, quamvis postea iterum servus factus sit. Nam et hic dissoluta nave exstinctam esse obligationem : nec revocari eam, quamvis postea navis refecta sit ; quia hæc alia navis sit, quam quæ promissa fuerat. Qua in re bene comparantur inter se dissoluta navis, et servus manumissus. Nam et servus manumissus alius homo fit, et idem si postea servus fiat, rursum novus homo esse incipit, *L. servus, §. ult. supra, de adim. legat.* Ita

hactenus navis exemplum sententiam Pauli non mutat, sed confirmat. Quod si dominus dissolverit navem, eo animo, ut reficeret, Paulus ait nondum hic intercidisse navem videri : et compositis rursus tabulis eandem esse incipere. Quibus verbis fatetur quidem restituta postea nave restitui etiam navis obligationem : sed eo fieri significat, quia navo prius dissoluta non fuerit exstincta obligatio, ut accidit servo promisso pro manumisso, sed sed tantum cessaverit interim , quia tandiu vim suam exercere non poterant. Hanc rem facere, ut cum restituta navis eadem esse cœperit, non tam restituatur obligatio, quæ amissa non fuerat, quam recipiat suas vires, quas dissoluta nave, dum pendet an reficiatur necne, non poterat exercere. In quo utriusque speciei dissimilitudo perspicitur, ut ne hac quidem parte exemplum adversetur. Pauli sententiæ: obligationem semel extinctam in perpetuum non revocari.

Ait, *hic tractatus etiam ad prætorias stipulationes pertinet.* Dixerat idem esse in ædibus, quod prius in nave : de ædibus nimirum deposita tigna ea mente , ut reponantur, ædium esse Sed si isque ad aream deposita sit domus, licet eadem materia restituatur, aliam esse. Ait hanc distinctionem pertinere ad prætorias stipulationes, quibus de ædibus restituendis cavetur : qualis est stipulatio de operis navis nunciatione , de damno infecto, fructuaria. Propone hoc modo. Ei qui ædificare volebat, opus novum nunciatum est : is ut liceret sibi opus cæptum perficere, nuncianti promisit, se opus restituturum, si pareret eum non jure ædificasse, ut est stipulatio ex operis novi nunciatione. *L. 1. infr. de præt. stip. L. stipulatio, in pr. et §. 1. supr. de op. no. nunc.* promissor deinde extruxit ædes, quas denuo renovavit. Quæritur, an renovatas ex stipulatione superiore restituere debeat. Si sunt eædem ædes, restituere debet: si sunt aliæ, non debet. Quæstio, an renovatæ ædes sint eædem, an aliæ: quod ex supra scripta distinctione decidetur. De stipulatione damni infecti propone hoc modo: Dominus ruinosarum ædium promisit vicino se restituturum, quidquid earum ædium vitio contigisset, ut est formula hujus stipulationis. *L. fluminum, §. 1. et §. quanquam, supr. de damn. inf.* is postea ædes refecit. Hic eadem incidet quæstio, utrum sint eædem ædes, de quarum vitio promisit, an aliæ. Idem quæretur et ex stipulatione fructuaria, si proponas fructuarium de ædibus fructuariis cavisse, se eas restituturum finito usufructu, cujusmodi cautio a fructuario exigitur. *L. 1. supr. us. quem. ca.* ædes autem renovatas fuisse a proprietario. In hac tota disputatione tria sunt, de quibus aliis locis aliter scriptum videtur : quæ nobis separatim attingenda esse visa sunt, quo facilius disputatio tota Pauli intelligeretur, nullis aliis quæstionibus extrinsecus adhibitis impedita. Primum pertinet ad servum promissum, deinde manumissum, ex *vers. nam et eum quis*, ubi scriptum est, cum hoc in servo accidit promissorem liberari, nec revocari servum in obligationem, quamvis idem rursum ex libero servus effectus sit. † De servo legato contra ita scriptum 8
est in *L. si chorus, §. ult. supr. de leg.* 3. si servus legatus interim manumittatur, et postea servus factus sit, eum postea peti posse. Atqui in hoc ipso servo legato Paulus scribit legatum manumissione extinctum esse, nec resuscitari, quamvis rursus in servitutem reciderit. *L. servus, §. ult. supr. de adi. leg.* Quomodo hæc tam varia conciliamus? et de servo legato, deinde manumisso sic habendum puto, referre plurimum ad conjecturam voluntatis testatoris servum legantis, utrum servus proprius testatoris legatus sit, an alienus. Si testator legavit servum suum, deinde manumisit, legatum non debebitur, quamvis qui manumissus erat, iterum in servitutem testatoris reciderit : quæ species est *L. si servus, §. ult. de adi. leg.* quippe testator servum manumittendo, facto suo declaravit se legatum adimere voluisse; ut et existimaretur adimere, qui servum a se legatum tantum alienaret. *L. cum servus, supr. eod. de adim leg.* Post quam ademptionem nisi quid probetur eum voluntatem mutasse, eandem ademptionem manere necesse est. Non probatur autem nova voluntas ex eo, quod qui ademptus erat, postea ad testatorem rediit, cum de novo legatu nihil doceatur. Quare et manumisso iterum servo facto eadem ademptio manebit. Quod si legavit testator servum alienum, et is a domino manumissus est, extinguetur quidem legatum, cum liberi hominis legatum consistere non possit; sed si iterum in servitutem recidat, servus peti poterit, ut est in *L. si chorus, §. ult. de leg.* 3. non utique quia obligatio legati per manumissionem extincta nova conditionis mutatione redintegretur; quod neque in stipulatione, neque in legato potest fieri : sed quia testator qui eum legavit, dum ipse non manumittit, aut aliam mutatæ voluntatis in eo legato significationem dat, in priore voluntate perseverans eundem et postquam servus factus est, denuo legare intelligitur. Non videtur autem legatum adimere vo-

fuisse is, qui nec de ademptione quidquam significavit, nec caussam cur adimeret, habuit. Arg. *L. 3. in fin. et L. 4. supr. de ad leg.* Non me movet, quod in *L. si chorus, in fin.* non distinguitur, utrum servus testatoris legatus fuerit, an alienus; sed indistincte ita scriptum est, servum legatum si interim manumittatur, et postea servus factus sit, peti posse. His enim verbis, *servus peti potest*, non significatur eum semper peti posse, quod aperte falsum esset; quid enim si testator aperte testatus esset, se servum legatum, quamvis post manumissionem servus denuo esse cœpisset, tamen amplius præstari nolle? Sed hoc solum significatur eum peti posse, si nihil amplius impediat, quam manumissio, quæ præcessit. Quod et verum est, et perpetuum. Quod enim placuit, servum testatoris legatum, deinde a testatore manumissum amplius non deberi, quamvis postea servus factus sit, non eo placuit, quia sit manumissus tantum, sed quia testator ea manumissione aperte legatum ademerit, quam voluntatem postea non mutavit. Faciamus igitur in manumissione servi nullam talem ademptionem testatoris intelligi, Hoc relinquetur, ut perseverante eadem voluntate testatoris legatum manere debeat. Quod contingit, ubi servum alienum a testatore legatum dominus manumisit invito testatore. Etsi autem hoc aliquando recipitur in servo legato; tamen cum jam intelligatur id fieri ex nova testatoris voluntate, et novo quodam legato, non mirum, si in servo promisso aliud respondemus. Servus enim promissus ac deinde manumissus, etsi iterum servus fiat, non ideo, tamen nova stipulatio intervenit, ex qua debeatur: veterem semel exstinctam non restitui convenit: porro sine stipulatione servus deberi non potesti. Alterum, quod ex aliis locis hic animadvertendum esse diximus, est id, quod dicitur de fructibus in *vers. pro quo et illud.* Centum nimirum amphoris vini promissis, quod ex fundo nascetur; non tantum contineri primi anni vinum, sed etiam sequentium annorum. † 9
Huic contrarium esse vulgo putant illud, quod est in *L. 5. supr. de trit. vin. et ol. leg.* cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi. Ego autem in his verbis nihil plane contrarii esse animadverto. Cum enim ita dicitur, ultra id quod natum erit, nihil deberi, non dicitur ultra id, quod natum erit primo anno, sed simpliciter ultra id, quod natum erit. Quibus verbis perspicuum est hoc significari id deberi, quod natum erit, sive natum erit primo anno, sive secundo, sive sequentibus: solum id non deberi, quod nullis annis natum fuerit. † 10
Tertium animadvertendum est id, quod dicitur de ædibus in extremo, illic, *sicuti de ædibus;* has alias esse, si usque ad aream ligna deposita sint, licet eadem materia restituantur. Nam si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, et eadem specie ac qualitate reponatur, placuit eandem servitutem deberi, quasi et idem ædificium intelligeretur: idque ita scriptum est in *l. servitutes. §. si sublatum, supr. de ser. præ. ur.* Sed *ibidem* additum est, utilitatis caussa id receptum esse: cæterum rem strictius interpretanti aliud esse ædificium, quod sequenti loco poneretur. Utilitas autem in eo est, ut retineantur servitutes, quarum usu cives facile carere non possunt.

Ad §. *Si rem, quam.*

Si rem quam ex caussa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex caussa lucrativa: evanescit stipulatio. Sed si heres extitero, dominio extinguitur stipulatio. Si vero a me herede defunctus eam legavit; potest agi ex stipulatu. Idemque esse et si sub conditione legata sit: quia et si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur. Sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.

SUMMARIA.

1. *Jus hoc §. constitutum, an non advertetur regulæ, qua cavetur extingui stipulationem, cum in eum casum rediit, a quo incipere non poterat.* et n. 5.
2. *Ex stipulatu res mihi debita, cum alia ex caussa ad me pervenit, quæ requirantur, ut extinguatur stipulatio.* et n. 4.
3. *Lucrativæ caussæ quæ.*

1 Hæc sententia supra constituta est, stipulationem extingui, cum res in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. Huic sententiæ consentaneum esse videbatur, si res ex stipulatu debita ex alia caussa mea facta sit, qualiscunque caussa hæc fuerit, exstingui stipulationem priorem; quia rem meam ab initio stipulari non potuerim, quæ nunc mea esse cœperit. Idque etiam effici videtur, §. *item contra, Inst. de inut. stipul.* Sed hoc non placuit, Ideo non abs re hic
2 locus superiori disputationi subjectus est. † Cujus hæc est sententia; receptum esse, ut cum res mihi ex stipulatu debita ex alia caussa ad me pervenit, exstinguatur stipulatio, et promissor eo modo liberetur, si tria concurrant, quæ hic Paulus designat exemplis: nam huc varii casus ab illo collecti referri debent. Primum, si res ex caussa lucrativa promissa sit, veluti donationis caussa. Alterum, si item ex caussa lucrativa ad me pervenerit· veluti, si domino heres extite-
3 rim, aut si mihi a domino legata sit. † Nam lucrativas caussas dicimus eas, ex quibus ita aliquid nanciscimur, ut pro eo vicissim nihil præstemus: qualis est, donationis, legati, successionis caussa: non lucrativas contra, veluti emptionem et permutationem. *L.*
4 4. § *si quis autem, sup. de dol. mal. exc.* † Tertium accedere oportet, ut vere res ad me pervenerit ex lucrativa caussa; id est, ita pervenerit ut avocari non possit. *L. non quoque sup. de leg.* 1. Nam aliter nec pervenisse videtur. *L. aliud est capere, inf. de verb. sig.* Proinde si dominus qui eam mihi legaverat, aut me instituerat heredem, eandem rem a me legaverit alteri: non impediet ea acquisitio quominus eandem rem ex stipulatu recte petam ab eo, qui prius eam mihi promiserat, ut hic Paulus significat illis verbis, *si vero a me herede.* Nec intererit, utrum testator eam a me legaverit pure, an sub conditione; nam et pendente conditione (quo tamen tempore res legata adhuc mea est. *L. et post.* §. 1. *sup. famil. ercis.*) recte ex stipulatu agam: scilicet quia ne sic quidem videtur res ad me pervenisse, quæ ex eventu potest avocari. *l. cum quis.* §. *qui hominem, L. qui res inf. de sol.* quod Paulus intelligi voluit, cum ait, *idemque esse, et si res sub conditione legata sit:* probatque hanc non videri pervenisse hoc argumento, *quia si debitor rem eodem modo sibi legatam solvisset, non liberaretur.* Si tamen conditio ejus legati postea defecerit, Paulus ait petitionem ex stipulatu infirmari: contraria scilicet de caussa, quia jam intelligatur certo rem ad me pervenisse, quæ sit mansura *d.* §. *qui hominem, et L. qui res.* Quid tamen, si pendente conditione legati egero adversus promissorem ejusdem rei, et quia res, quæ jam mea facta erat, mihi non poterat amplius ab eo dari, ideo æstimatione ab eo consecutus fuero, an deficiente postea conditione legati, utramque retinebo et rem quæ ex legati causa apud me manere debet, et æstimationem, quam ante a promissore jure sum consecutus? Sed pro-

hibet hæc ipsa regula de duabus caussis lucrativis, qua efficitur, plures caussas lucrativas in eandem rem et eandem personam concurrere non posse, *§. si res aliena, Inst. de leg.* Quid ergo fiet? promissor qui æstimationem prius solvit, hanc condicet tanquam quæ sit apud me sine caussa, puta ex ea stipulatione, quam ante exstinctam fuisse ex eventu apparuit. *L. 1. supr. de cond. sine cau.* id enim retroversus tum intellectum est, cum legati conditio defecit. *L. quædam, sup. de reb. dub.* Interim boc relinquitur, ex quacunque caussa res ex stipulatu mihi debita mea facta sit, nisi in eam duæ caussæ lucrativæ concurrant, stipulationem non exstingui: quod apertius declaratur in *L. omnes debitoris*, et duabus *seqq. supr. prox. tit. d. §. si res aliena. Instit. de leg.*

5 † Opportune igitur quæretur jam boc loco, quomodo videatur hæc pars regulæ cum superiore illa sententia convenire, qua placet exstingui stipulationem, cum in eum casum rediit, a quo incipere non poterat: quacunque enim ex caussa res mea esse cœperit, venit stipulatio in eum casum, a quo incipere non potuit: nam ab initio non potui rem meam stipulari. *§. idem juris. Inst. de inut. stipul.* An non ergo consequens erat illi sententiæ, etiam si res ex caussa non lucrativa mea facta esset, tamen stipulationem interire, contra quam nos statuimus? Et non effugeremus, quin hic pugnantia viderentur dici, si quod ex caussa non lucrativa nostrum sit, veluti, quod ex emptione, aut permutatione accepimus, id vere nostrum esset. Nunc autem perinde id habetur, quasi nec ad nos pervenisset: sic enim veteres statuerunt videri rem ei abesse, cui pretium abest. *L. Labeo* et *Sabinus, infra, de verbor. sig.* Ex quo jam converso modo ita colligi debuit, si res ex stipulatu nobis debita ex caussa onerosa, ut emptionis aut permutationis ad nos pervenerit, stipulationem non exstingui, quia cum etiam nunc videatur ea res mihi abesse, non possit dici venisse stipulatio in eam caussam, unde incipere non poterat. Idemque esse, et si res ad me pervenerit ex caussa lucrativa, sed stipulatione interposita ex caussa non lucrativa debeatur: quia non videar rem meam ex stipulatu petere, cum vicissim pro ea aut pretium, aut rem aliam præstare debeo. Ita si volumus stipulationem exstingui ob id, quod res promissa ex alia caussa mea facta sit, quasi res venerit in eum locum, unde incipere non poterat, necesse est ita statui, utramque caussam lucrativam esse oportere, quod et veteres regula sunt complexi.

Ad §. *Stichum qui decessit.*

Stichum qui decessit, si stipuler: si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi: utiliter me stipulatum Sabinus ait. Si vero ex aliis causis, inutiler: quia etsi deberentur, morte promissor liberaretur. Idem ergo diceret et si mora facta defunctum stipularer.

SUMMARIUM.

1. *Creditor quo casu et a quibus debitoribus hominem mortuum stipulari possit.*

1 Sunt quidam debitores, qui re promissa mortua non minus tenentur, quam si rex staret. Hi sunt fures, malæ fidei possessores, et in universum debitores omnes, qui aut rem debitam occiderunt, aut in ea præstanda moram fecerunt. *L. si ex legati, L. nemo, §. ult. supr. L. in re, §. 1. L. ult. supr. de cond. fur.* Placet earum rerum creditorem utiliter eas stipulari a debitore, quamvis mortuas. Obstare videbatur, quod dicitur hominem mortuum in stipulatum deduci non posse. *L. liber. 103. infr. Inst. de inut. stip. in pr.* Sed ea re moveri nos non oportet. Nihil enim interest, utrum homo extet, an perinde habeatur jure, quasi extaret: quod in superioribus caussis propter moram et culpam debitoris accidit. *d. L. nemo. §. ult. supr. L. si servum, §. sequitur. infr. eod.*

Ad §. *Si quis ancillam.*

Hujus loci dubitationem et rationem expediet *L.* 1. *supr. si ex nox. caus. ag. et L. si quis quempiam, supr. si quis caut.*

Ad L. *Si insulam.* 84.

Idem *lib. LXXIV.* ad Edictum.

Si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus quo potueris facere: quandiu litem contestatus non sit, posse te facientem liberari placet. Quod si jam litem contestatus sim nihil tibi prodesse si ædifices.

SUMMARIA.

1. *Ex faciendi obligationibus quo tempore recte agatur.*
2. *In faciendi stipulationem quid veniat.*
3. *In faciendi obligationibus, si post cessationem promissor, quod promisit, malit facere, quam æstimationem solvere, an sit audiendus.*
4. *Promissorem ante litem contestatam insulam faciendo liberari, quomodo accipiendum.*

Cum insulam ædificari stipulati sumus, et generaliter in omnibus faciendi stipulationibus quæri solet, et quando ex his agi possit, et quid ex his debeatur, ut hinc possit statui, et quid a debitore possit exi-
1 gi, et quid præstando ille liberetur. † Ac de tempore agendi ita placuit, hujusmodi stipulationes verbis puras, re ipsa in se diem habere, tempus id videlicet, intra quod fieri potest, quod promissum est: ante hoc tempus agi eo nomine non posse. *L. interdum, L. si ita stipulatus.* 14. *supr. eod.* quod hic obiter
2 significatur. † De eo autem, quod hic debeatur, ita veteres statuerunt, si quod promissum est, factum non sit intra id tempus, intra quod fieri potuit, et debuit, pecuniam dari oportere. *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus, supr.* et quod idem valet, in faciendi stipulationem venire id quod interest. *L. si pœnam, et similibus locis, supr.* Quo significatur in hoc genere deberi pecuniam, deberi id quod interest, postquam transiit tempus, quo fieri potuit, quod promissum est. Cui sententiæ consequens est, sive stipulator eo tempore transacto agat in id quod interest, recte agi: quia petat quod sibi debetur: sive promissor id præstet, eum liberari, quia solutione ejus, quod debetur, tollatur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in princ.* De quibus scripsi pluribus ad d. *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus.* † Hinc circa promissorem nata quæ- 3
stio hujus loci, eum ob id quod non fecit, quod promisit, cœpit debere pecuniam, seu id quod interest; sitne audiendus, si ad liberationem malit ædificare insulam, quam se ædificaturum promisit, quam pecuniam præstare. Etsi nobis constare volumus, videtur in totum probandum fuisse, non esse eum audiendum: non enim hoc modo præstat, quod debuit, sed aliud; quod invito creditore solvi non potest. *L.* 2. §. 1. *supr. si cert. pet.* Hic tamen distinguitur, ut si quidem ante litem contestatam promissor faciat, liberetur: sin postea, nihil ei prosit ad liberationem. Quod ait Paulus promissorem ante litem contestatam facientem liberari, in eo offendere nos non debet, quod dicitur aliud pro alio invito creditore solvi non posse: non quod qui faciendo liberari vult, non præstet aliud, quam debuit; sed quia promissor etiam jure aliud recte solvit, quoties stipulatione ipsa alterius rei præstandæ facultatem accepit: conditionem enim stipulationis ab initio constitutam creditor postea immutare non potest. *L. vero*, §. 1. *infr. de sol.* Id autem in proposito accidit. Qui enim promittit se insulam ædificaturum, facultatem insulæ faciendæ ab initio habet ex stipulatione. Amittit ille quidem hanc facul-

tatem cessatione sua summo jure; propterea quod ubi non fecit, quod promisit, cœpit debere pecuniam: sed ex æquo et bono retinet. Hic enim locum habet, quod de purgatione moræ scriptum est in *L. si servum §. sequitur. inf. eod.* quam rem promissor ante moram offerre potuit, eandem et post moram potest offerre, ut offerendo purget moram ex æquo et bono: de quo opportunius illic dicetur. Sed hanc ipsam facultatem lite semel contestata in totum et certo amittit; eo fit, ut deinceps faciendo non possit liberari. Scilicet qui ex hoc genere stipulationis agit, pecuniam in judicium deducit, seu id quod interest, dicta *L. stipulationes non. vers. Celsus.* Porro judicio, id est, litis contestatione contrahitur. *L. 3. §. idem scribit supr. de pecul.* Contrahitur enim nova judicati obligatio de ea re, quæ in judicium deducta est; unde et actio judicati, re secundum actorem quandoque judicata. Hanc actionem creditori semel quæsitam, et quæsitam simpliciter nulla facultate aliud solvendi reo tributa, reus facto suo invito auferre non potest, eoque nec officere, ut insulam ædificando pecuniæ in judicium deductæ condemnationem evitet. Arg. *L. ult. supr. de pac. L. habere. sup. de evict.* De hac facultate solvendi aliud, vel alii quam creditori, diximus plura ad *L. 9. supr.* An autem etiam post litem contestatam moram purgare liceat, dicemus ad *L. si servum, §. sequitur, infr.* † Illud cavendum est, quod hic dicitur promissorem ante litem contestatam insulam faciendo liberari, sic accipiendum esse, ut intelligamus liberari eum in futurum, id est, ita, ut futuri damni nomine non teneatur, si quod forte in eo ædificio postea contigerit, aliter, atque si quid jam propter moram intersit stipulatoris; si quia insula suo tempore inchoata non est, idcirco aliqua in re factum sit jus stipulatoris deterius. *L. stipulationes non in fin. supr. L. si ita quis promiserit, §. Seja, inf. eod. L. etsi post. supr., si quis caut. L. utique, supr. de rec.* Et recte. Ut enim promissori factum suum ad futuri temporis cautionem, quod sine incommodo stipulatoris fiat, prodesse potest; ita stipulatori nocere non debet: et maxime ubi mora promissoris præcesserit; quam ubique convenit frustratori nocere. *L. in condemnationis, §. unicuique, inf. de regulis jur.* De quo scripsimus in *Commentario de mora.* 4

Ad L. *In Executione.* 85.

Idem *lib. LXXV.* ad Edictum.

In executione obligationis sciendum est quatuor caussas esse. Nam interdum est aliquid quod a singulis heredibus divisum consequi possumus: aliud quod totum peti necesse est nec divisum præstari potest: aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest: aliud quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat sectionem.

SUMMARIA.

1. *Divisio obligationis inter heredes secundum varia stipulationum genera quomodo fiat, remissive.*
2. *Executio obligationis quibus in rebus consistat.*

1 Non in omnibus stipulationibus de divisione obligationis idem servatur inter heredes Quid autem hic servandum sit in singulis distributis stipulationum generibus diluide exposuimus ad *L. 2. 3. 4. 5. supr.* Idem jus etiam complexus est Paulus hoc loco, rem omnem ad quatuor genera revocans, in quibus quid sit proprium cujusque, docet. Is locus cum eandem sententiam plane contineat cum ea, quæ illis locis exposita est, cum illis nobis conjungendus est, et tantum indicandum, ad quem ex superioribus pars quæque hujus loci referatur. Cum tamen sparsim sub hoc titulo et alibi de hac divisione multa varia scripta sint, si quis rem totam animo comprehensam

habere volet, conducet hic locus ad eam cognitionem, in quo species stipulationum, quæ hic distinguendæ sint ab aliis, numero comprehensas, et jus singularum breviter expositum habemus.

2 *In executione obligationis:* † idest, in petitione rei in obligationem deductæ, itemque in ejus rei solutione: quibus in rebus consistit exsecutio obligationis, quia per eas obligatio ad exitum perducitur.

Quatuor causæ sunt; idest, quatuor species, in quibus aliud atque aliud servatur, cum de divisione obligationis agitur.

Ad §. *Prima species.*

De hac specie dictum est ad *L.* 2. §. 1. *supr.*

Ad §. *Secunda ad opus.*

Hæc pars est, quæ tractatur in *L. stipulationes non dividuntur, supr.*

Ad §. *Quod si stipulatus fuero.*

Hæc species est, de qua pluribus in L. 2. §. *pen. et ult. L.* 3. *et* 4. *supr.*

Ad §. *Pro parte autem.*

Et de hac specie diximus ad *L.* 2. §. 1. *supr.*

Ad §. *In solidum vero.*

Hæc species exposita est ad *L.* 4. §. *ult.* De ea scriptum est apertius in *L. cum ex. caussa infr.*

Ad §. *Item si ita stipulatio.*

Hæc eadem species est cum illa, si sors soluta non erit, pœnæ nomine tantum dari: de qua in *L.* 5. §. *ult. supr.*

Ad §. *Quicunque sub conditione obligatus.*

Quicunque sub conditione obligatus curaverit ne conditio extiteret, nihilominus obligetur.

SUMMARIA.

1. *Conditionalis stipulationis effectus.*
2. *Conditio non impleta, quando jure pro impleta habeatur,* et n. 4.
3. *Obligatum sub conditione, per quem fit ne conditio existat, perinde teneri, ac si conditio extitisset, et quæ ratio.* et n. 5.
6. *In sponsionibus victoriæ causa, de honesta re interpositis, superiori definitioni non esse locum.*

1 Quod sub conditione promissum est, impleta conditione debetur. *L. a Titio, infr.* non impleta, non debetur, etsi adhuc conditio pendeat, multoque magis; si jam defecerit. §. *sub conditione, Inst. eod.* Hoc ita est, nisi conditio jure habeatur pro impleta:

2 quod interdum accidit. † In quo traditur certi juris regula, quoties per eum cujus interest conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. Placetque regulam ut ad legata et institutiones, sic et ad stipulationes pertinere. *L. in jure, infr. de reg. jur. L. jure, supr. de cond. et dem.* Is autem, cujus interest conditionem non impleri in stipulationibus, reliquisque obligationibus, est promissor, et omnis omnino, qui impleta
3 conditione obligatur. † Hinc est, quod de hoc genere ex illa generali regula sumptum hoc loco traditur, *quicunque sub conditione curavit, ne conditio existeret, nihilominus eum obligari*, ideo enim obligatur, quia perinde habetur, quasi conditio esset impleta. In eandem sententiam de stipulatione nominatim dictum est in *d. L. in jure, de reg. jur.* stipulationes quoque committi, cum per promissorem factum erit, quominus stipulator conditioni pareret; quæ sententia cum totidem verbis repetatur in *L. jure. de cond. et dem.* et referatur eo loco ad definitionem initio positam, apparet et illic definitionem per omnia eandem positam fuisse, aut certe præponi debuisse, quæ extat in *d. L. in jure, de reg. jur.* conceptam videlicet de eo, cujus interest conditionem non impleri, non autem de eo, cujus intersit conditionem impleri, ut in Pandectis Florentinis legitur. Alioqui regula male produceretur ad promissorem, per quem factum est, quomi-
4 nus stipulator conditioni pareret. † Sed et illud verum non est, conditionem totics per eum, pro impleta haberi, quoties cujus interest eam impleri, fit, quominus impleatur. Evenit hoc aliquando: ut, cum ex conditione jubemur aliquid dare aliis, aut cum iis quid facere: *L. 5.* illic, *item si qua conditio.* supr. *quan. di. leg. ced.* quo pertinet regula juris. *L. in omnibus caussis.* 39. *infr. de reg. jur.* sed non est perpetuum. Quid enim, si stipulator ipse, quid, si creditor stipulatoris; quid, si is qui heres quandoque stipulatori futurus est, vel ignarus conditionis, vel dedita opera curaverit, ne conditio existeret? nemo dicet, opinor, conditionem pro impleta habere. Sed hæc obiter dicta sint, tantum ut definitio hujus loci nota sit, et quibus ex locis ducatur, quibus confirmetur, intelligamus. Nam an alio quovis, quam promissore impediente quominus conditio existat, et quo tandem impediente habeatur pro impleta, indiget pluribus verbis: et quæstio est propria Tituli *de conditionibus et demonstrationibus*, ubi fortasse alias, idque
5 commodius dicemus. † Quod definitio hujus loci postulat videndum est, qua ratione defendatur in stipulationibus, quas ex verbis æstimari constat, obligari quemquam ex stipulatione conditionali, ubi concedamus conditionem re vera non exstitisse, quantumvis ipse curaverit, ne conditio exsisteret: non enim eum quærimus, qui obligetur ex facto suo, sed eum, qui obligetur ex stipulatione. At stipulationis conditionalis hæc vis et significatio est, ut qui promisit sub conditione, ita obligetur, si illud aut illud factum fuerit, idest, si conditio exstiterit, *§. sub conditione, Inst. eod.* Proinde ubi id factum non est, secundum verba stipulatio non committitur, eoque ex stipulatione deberi nihil potest. Nec ad rem pertinet, quod qui promisit, si Titius in Capitolium ascenderet, fecit, ne Titius ascenderet: quocunque enim casu factum sit, ne ille ascendat, semper verum erit eum non ascendisse, atque ita non esse impletam conditionem. Conditio, inquimus, pro impleta habetur. At quamobrem? nam si dicimus æquum esse, ut factum promissoris ipsi noceat, non adversario juxta regulam juris, *L. factum, inf. de regu. jur.* vere quidem dicemus; sed hoc ad rem expediendam non est satis. Admitti enim posset hæc ratio in bonæ fidei judiciis, in quibus omnia æstimantur, quæ ex bono et æquo alterum alteri præstare oportet. *§. ult. Instit. de ob. ex cons. in fin. §. in bonæ fidei, Inst. de act.* In verborum obligationibus locum non habet: in quibus ut est in *d. §. ult. de oblig. ex cons.* unus stipulatur, alius promittit, idest, tantum continetur, quantum exprimit nominatim de ea re facta stipulatio, ut alibi scriptum est in *L. quia tantumdem, sup. de neg. gest.* Dicendum est promissore curante, ne conditio exsistat, ideo conditionem pro impleta haberi, quia ut haberetur, actum est, idque verbis satis declaratur: quod si probatur, abunde est ad defensionem; non enim in contractibus aliis tantum, sed etiam in stipulationibus hoc servatur, ut sequamur ante omnia id quod actum est. *L. sum. qui Calendis. supr. L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur.* Actum autem esse sic colligimus. In omnibus contractibus sic mens esse contrahentium, atque hoc agi creditur, ut stipulatio, quoad res patitur, valeat. *L. quoties in stipulationibus, supr. L. ubi, supr. de reb. dub.* Proinde et hoc quoque agi, ne conditio adjecta sit in arbitrio promissoris: quoniam hac in promissoris voluntatem collata stipulatio non valet. *L. stipulatio non valet, supr. eod. L. sub hac, supr. pr. tit.* Porro sic in arbitrium promissoris con-

fertur omnis conditio, si licebit eo quovis modo impedire impune, quominus conditio exsistat. Quapropter si qua conditio alia adjecta erit, quam quæ aperte conferatur in voluntatem promissoris, hoc actum esse accipietur, ut ne illi liceat conditionis eventum impedire; ac si impedierit, nihiluminus quasi
6 impleta obligetur. † Bene autem hoc loco omnium consensu Accursius, qui monet definitioni superiori non esse locum in sponsionibus victoriæ causa interpositis, cum inter duos certamen instituitur non inhonestæ rei, et præmium victori mutuo consensu constituitur, quod et mutuo in se certaturi compromittunt: nam hic si unus certante et reluctante altero non vincit, pecunia ei non debebitur: contraria videlicet de causa, quia id actum est, ut liceret concertare utrique, et alteri præripere victoriam, si posset: qui autem in eo certamine esset superior, is pecuniam auferret.

Ad L. *Quod dicitur*. 86.

VIDE *L. scire*. 29. *supr.*

Ad L. *Nemo rem suam*. 87.

Paulus *lib. LXXV.* ad Edictum.

Nemo rem suam futuram in eum casum, qua sua fit, utiliter stipulatur.

SUMMARIUM.

1. *Legatarius rem sibi legatam sub conditione, an cum exstiterit, conditio, dari sibi ab herede utiliter stipuletur.*

1 HIC locus expositus est ad *L. si rem meam*, 31. *sup.* † Quæritur, an huic contrarium videri debeat, quod de stipulatione rei sub conditione legatæ scribitur in *L. 1. §. si quis sub conditione, supr. ut leg. no. cau.* Is cui sub conditione legatum erat, mortuo testatore ex edicto satisdationem exigit ab herede legati nomine. Et quoniam satisdare est cavere et promittere quid stipulanti, additis etiam fidejussoribus, id est, iis, qui idem promittant: *L. 1. supra, qui sat. cog.* ideo legatarius quod sub conditione legatum erat, stipulatus est sibi dari ab herede aut eadem conditione expressa, aut simpliciter quidem, sed ita, ut idem dies, eademque conditio in stipulatione intelligatur, ut est in dicto *§. si quis sub conditione, in fin.* Illic ostenditur hanc stipulationem valere itidem, ut legatum; sic tamen, ut nihil amplius sit in ea, quam in legato. Hoc jam huic loco contrarium quis esse dixerit: exsistente enim conditione legati, res legata legatarii futura est, et statim. *L. a Titio, infra, de furt.* quo fit, ut qui eam stipulatur legatarius, quia stipulatur cadem conditione, intelligatur stipulari in hunc ipsum casum, quo sua futura sit. Et hæc ita essent, si legata esset certa species, quæ fuisset testatoris. At quid, si legatum quid sit in genere, ut centum aurei? quid, si species, sed aliena? nihil horum legatarii fieri potest prius, quam illi ab herede datum fuerit, quoniam testatoris non fuit. De his rebus sub conditione legatis suprascripta stipulatio accipi debet. Quod si de re, quæ testatoris fuit, interponeretur, erit inutilis ex hoc loco. Nec nos moverit, quod in dicto §. *si quis sub conditione*, nihil exprimitur de conditione rei legatæ: non enim quæritur eo loco, an cum legatarius stipulatur rem sub conditione sibi legatam, stipulatio valeat at quando valeat: sed an si pendente ea conditione decedat legatarius stipulatio transmittatur ad heredes: quod ex regula cæterarum omnium stipulationum conditionalium probandum videbatur. §. *ex conditionali, Instit. eod.* Ulpianus in hac quæstione ait non transmitti, quia sit de legatu conditionali, quod ad heredem non transferatur: in stipulatione autem legati nomine interposita insit eadem caussa, quam in legato. Quæ omnia dicuntur ex condi-

tione, nempe quo casu et stipulatio ab initio valuerit: frustra enim de ea, quæ non valuisset, quæreretur, an legatario pendente conditione mortuo transiret ad heredes, ex qua nec viventi legatario quamvis exsistente conditione actio competeret. Hanc ergo partem, an et quatenus legati conditionalis stipulatio valeat, non attingit illic Ulpianus: proinde ex aliis locis res explicanda est: de quo si quæretur, æstimandum erit ex eo, utrum res legata testatoris fuerit, an non fuerit ex hoc loco.

Ad L. *Mora rei.* 88.

Exposui hunc locum ad *L. cum filiusfam.* 49. *supr.*

Ad L. *Si a Colono.* 89.

Idem quod in *L. si stipulatus fuerim.* 76. §. *ult. supr.*

Ad L. *Cum Stipulati.* 90.

Pomponius *lib. III.* ex Plautio.

Cum stipulati sumus pro usuris legitimis pœnam in singulos menses, si sors soluta non sit: etiam si sortis obligatio in judicium sit deducta, adhuc tamen pœna crescit: quia verum est, solutam pecuniam non esse.

SUMMARIA.

1. *Sorte petita non ideo minus currunt usuræ.*
2. *Dubitandi ratio explicata.*
3. *Pœnam hic esse usuram, et cur pœnam pro usuris stipulari Pomponius hic dixerit.*

1 Qui sortem stipulatus erat certa die sibi reddi, et nisi ad diem soluta esset, ejus sortis usuras; si de sorte tantum judicio egerit, quamvis res etiam judicata sit, nulla mentione facta usurarum, nihilominus usuræ lite contestata current, et finito etiam judicio sortis, propria actione ex stipulatu peti poterunt. Sic est sententia *L.* 1. *C. de jud. L. lite contestata, supr. de usur.* eadem et 2 sententia hujus loci. † Movebat dubitationem, quod judicio idest, lite contestata fit novatio prioris obligationis de sorte. *L. alia infr. de novat. L. ult.* illic; *si enim novatur. C. de usur. rei jud.* ac sortis obligatione sublata, nec usuris, nec ulli alii accessioni principalis obligationis potest esse locus. *L. novatione, infr. de novat. L. cum principalis, infr. de reg. jur.* Adversus quam dubitationem duplex est defensio. Primum judicio novationem fieri: sed eam, quæ actori prosit, non quæ noceat. *L. non solet. et L. nemo enim, seq. infr. de reg. jur.* quod declaratur pluribus in *d. L. alia, infr. de novat.* Deinde etsi concederemus obligationem priorem sortis in totum sublatam esse; non tamen ideo effici sublatam esse stipulationem usurarum, quæ non minus et ipsa per se constitit, ut significatur in *L. centum, supr. de eo quod cer. loc.* tandiuque cum committi necesse est; quandiu ejus conditio extiterit. Fuit autem hæc conditio, si sors soluta non esset. Ex quo colligit hoc loco Pomponius stipulationem usurarum et post litem contestatam committi, eoque et usuras crescere; *quia, inquit, verum est solutam pecuniam non esse* idest, quia conditio, sub qua usuræ promissæ erant, extitit. † Proponitur hic pœna 3 in stipulatum deducta in singulos menses pro usuris legitimis. Quid ergo, pœna hic non est usura? imo usura maxime, ut declaratur in *L. lecta, supr. si cert. pet.* ubi cum creditor proponeretur ita stipulatus esse, si sua die pecunia soluta non esset, pœnæ nomine in singulos menses tantum dare

spondes? in reliqua tota disputatione Paulus hanc summam usuras appellat, et stipulationem ipsam, stipulationem usurarum. Nec vero potest ea pecunia, quæ pro usu sortis particulatim præstatur, aliud esse, quam usura. *L.* 3. §. *nonnunquam, et* §. *ult. supr. de usur.* Cur ergo hic distinguitur pœna ab usuris, diciturque pœna esse promissa pro usuris legitimis? quod perinde esse videtur, siquidem pœna hic est usura, quasi dictum esset usuras promissas esse pro usuris: quod est ridiculum. Et intelligendum est Pomponium dixisse stipulatos esse nos *pœnam pro, usuris legitimis*, non ut hac particula, *pro*, significetur permutatio, quasi pro usuris, quæ deberi potuerint, placeat aliud præstari, nempe pœnam; sed ut significetur titulus et species pœnæ, quæ in stipulatum deducta sit, dicaturque pœna promitti non quælibet, sed pœna usurarum nomine, seu pœna, quæ in usuras cedat: quoniam non omnis pœna est usura. Sed cum potuerit Pomponius recta et aperta dicere in stipulatum esse deductas usuras legitimas, cur maluit uti circuitione, ut videtur, non necessaria, ut diceret stipulatos esse nos *pœnam pro usuris legitimis*? Consulto *pœnæ* verbo hic usus est, ut compendio sermonis potius significaret, quod absque hoc verbo pluribus exponi oportebat: prius nimirum promissum esse, sortem reddi vel cum petita esset, vel certa die: deinde si ita soluta non esset, promissas esse usuras. Ut enim usura sit pœna contingit hoc modo; si ob culpam in solvenda sorte admissam usura tanquam ejus delicti et cessationis pœna infligatur: non est enim pœna, nisi delicta ex noxiæ vindicta. *L. aliud est fraus, infr. de ver. sig.* id autem fit in usuris, cum prius ita sors promittitur, ut dixi, ac nisi ita solvatur, adjicitur usura. Atque hoc modo promissas fuisse in proposito usuras ostendit ratio hic subiecta; *adhuc tamen*, inquit, *pœna crescit, quia verum est pecuniam solutam non esse.* Verum *usurarum* tantum si usus esset Pomponius, hanc sententiam non expressisset; non enim omnis usura promittitur hac conditione, eoque non omnis est pœna: quod accidit, cum de sorte ad diem reddenda non convenit, sed simpliciter pecunia utenda data est, et tamen jam ab initio pro usu pecuniæ usuræ legitimæ in singulos menses, aut annos promittuntur. In qua specie non possunt dici usuræ esse pœna non solutæ sortis, cum in ea solvenda nihil delinquat is, qui eam voluntate creditoris potest retinere, eaque uti, quandiu volet.

Ad L. *Si servum.* 91.

Paulus *lib. LXX.* ad Plautium.

Si servum (Stichum) stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? quærentibus, considerandum est: utrum quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpæ hujus nomine tenetur possessor: ita et cum dari promisit: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo (quidem) accipienda sit, non in non faciendo: quod magis probandum est: quia qui dari promisit, ad dandum, non (ad) faciendum tenetur.

Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus, vel servus manumissus vel etiam ab hostibus si capiatur: culpa in hunc modum dijudicatur, ut si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit, et quid eorum acciderit nihilominus teneatur. Idemque fiat et si per alium postea quam ab hoc alienatus sit, id contigerit. Sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur: quia nihil fecit. Nisi si postea

quam moratus est solutionem, aliquid hujusmodi acciderit: quam distinctionem et Julianus sequitur. Item si homo qui fuit promissoris, ex præcedenti causa ablatus ei fuerit, quod statuliber fuit: perinde habendus sit, ac si alienum promisisset: quia sine facto ipsius desiit ejus esse.

SUMMARIA.

1. *Re debita sine debitoris culpa perempta debitor liberatur*, et n. 13.
2. *Culpa debitoris interveniente perpetuatur obligatio.*
3. *Culpæ verbo quid hic contineatur, et quibus factis culpa admittatur.*
4. *Mora facta promissor omnimodo et sine exceptione tenetur.*
5. *Res de medio rerum privatarum tolli quibus modis dicatur.*
6. *Debitor servum promissum occidens, aut manumittens nulla mora interveniente an teneatur.*
7. *Promissor servi, si neglexerit infirmum, quamvis servus postea decesserit, non tenetur.*
8. *Culpa cur aliter in emptore circa mancipium illi traditum, quod redhiberi oportet, item in herede circa rem legatam: aliter vero in promissore æstimetur.*
9. *Possessor in vindicatione hominis, si is neglectus fuerit, negligentiæ nomine tenetur.*
10. *Factum idem diversis rationibus et culpa esse et non esse recte dicitur.*
11. *Promissor ne latæ quidem negligentiæ nomine tenetur: secus in depositario: et quæ differentiæ ratio.*
12. *Alienatio promissoris perpetuat obligationem, si res deinde a novo domino tollatur: et cur diversum in alienatione quam promissoris negligentia.*

1 Re debita perempta, si quidem prius, quam per debitorem, seu debitoris culpa fieret, quominus daret, et debitorem liberari placet.
2 Sin postea, placet cum perpetuo ita teneri, ut si res exstaret. De quo jure diximus ad *L. si ex legati* 23. *sup.* Efficitur hoc posterius veterum regula, qui de hac re ita definierunt. Culpa debitoris perpetuat obligationem, seu ut Paulus refert in hac *L.* §. *sequitur*, quoties culpa debitoris intervenit, perpetuatur obligatio. Cujus hæc est sententia: si debitoris culpa intervenerit, quominus rem daret, quam illum dare oportuit, eaque deinde aut perempta sit, aut exempta hominum commerciis, aut deterior facta, deinceps quæ ante, quam ea contigissent, fuerat obligatio, fit perpetua: idest sic in posterum debito, tenetur, quasi res initio debita etiam nunc exstaret talis, qualis ante debebatur; ut licet intelligere ex *L. nemo*, *ult. supr. eod. L.* 3. *supr. de cond. trit. L. in re*, §. 1. *sup. de cond. fur.* Hanc regulam Paulus ubique hoc capite appellat constitutionem. §. *sequitur. et* §. *ult.* intelligens non constitutionem aliquem Principum, ut in usu juris hoc verbum sine adjuncto accipi solet; § *sed et quod*, *inst. de jur. nat. gent. et civ.* sed constitutionem veterum juris auctorum, seu Jurisprudentum, idest, ut ipse interpretatur in *d.* §. *sequitur* id quod veteres de hac re constituerunt, quod constituerunt idest, ut aliis verbis hoc idem alibi exprimitur, quod decreverunt, quod pronunciarunt, quod de hac re definierunt, et regulæ sunt complexi *L. illos*, *supr. de rer. inst. L. ita vulneratus. ver. igitur.* [illegible]*pr. ad leg. Aqui. L. de pupillo*, §. *et belle*, *supr. de no. op. nunc.* Hæc definitio veterum pro jure certo ac constituto obtinuerat. Ideo eam, ut jus certum interpretatur Paulus hoc capite, in eaque interpretatione totum caput versatur: nam et illud, quod in principio tractat, quam culpam debeamus accipere, quæ debitori noceat, aperte ejus regulæ interpretatio est, cum regula de culpa debitoris concepta sit. Ut quod in §. *sequitur*, ita scriptum est, *Sequitur videre de eo quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*; non hanc significationem habet, quasi dicat Paulus nihil se dixisse prius de hac constitutione veterum; et ideo sequi, ut de ea dicat, quod perspicue falsum esset: sed hoc voluit, se de culpa debitoris dixisse, at nihil dum de eo quod veteres caverunt hanc culpam perpetuare obligationem: se de culpa prius dixisse: sed nondum de perpetuatione, quam veteres huic tribuunt: itaque hoc sequi, ut de eo videamus. Quatuor sunt autem in ea constitutione, quæ quærantur, quæ optimo ordine Paulus explicat:

primum, quæ sit ea culpa, quam veteres dicunt perpetuare obligationem, et quibus in rebus versetur, seu quibus facti admittatur: alterum, an hæc culpa ita obligationem perpetuet ut re promissa exstante emendare non liceat; tertium, quorum culpa perpetuet, et quibus: postremum, perpetuationis hujus quis sit effectus. Initio capitis, tractat, ut dixi, illam quæstionem, quid culpæ verbo hic contineatur.

3 † Principio ita statuere debemus, culpam hic intelligendam esse, culpam promissoris de cujus obligatione perpetuenda constitutio veterum concepta est; neque eam omnem, sed eam solum, quæ ad minuendam obligationem spectat, de quo agitur, idest, eam, per quam factum est, quominus rem promissor daret: nullum enim aliud factum re perempta nocet promissori. *L. si ex legati, supr. L. quod te, supr. si cer. pet.* Quominus promissor rem det, per eum, et quod idem est, culpa ejus efficitur dupliciter: aut non solvendo rem adhuc exstantem, dum potest, et debet: et quod uno verbo dicimus, moram faciendo: aut facto aliquo rem promissam de medio rerum privatarum tollendo,
4 ut jam si quis velit, ea dari non possit. † Mora promissoris quandiu mora sit, sine exceptione perpetuat obligationem, ut quandoque postea res intercidat, promissor omni modo teneatur: sententia noti juris tradita in *d. L. quod te. si cer. pet. et L. si ex legati supr.* ubi de ea diximus. Adjeci, sine exceptione, item omnimodo, ut intelligatur semel mora facta si res postea pereat, ita teneri promissorem, ut nihil intersit, facto et culpa ejus res pereat, an casu sine ulla omnino culpa promissoris. Quam sententiam hoc loco expressit Paulus, in *vers. sin autem alienus:* qui cum scripsisset antea, promissorem non teneri, si re aliena promissa dominus eam occidisset, aut manumisisset, idest, id sine facto promissoris periisset res, aut commerciis hominum exempta esset; subjecit hanc exceptionem, de mora *nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid hujusmodi contigerit:* significans mora facta promissorem etiam his casibus, idest, ut dixi, omni modo et sine exceptione teneri. Merito: quidquid enim acciderit, semper verum erit culpa promissoris factum esse, quominus stipulator rem haberet: accepisset enim, si promissor
5 cum eum dare oportebat, dedisset † Tollitur res de medio rerum privatarum, cum aut in rerum natura esse desinit, ut cum homo promissus moritur; aut eximitur hominum commerciis, veluti cum fundus promissus fit sacer, aut religiosus servus liber. Id autem facto promissoris contingere intelligitur, non solum si tollat ipse: sed etiam si tollendi et eximendi caussam det. Quomodo tollat ipse, notum est. Finge servum promissum ab eo occidi, aut manumitti. Tollendi caussam præbet partim faciendo, partim negligendo. Faciendo, cum rem promissam, puta servum alienat, quem deinde novus dominus occidit, aut manumittit: etsi enim horum utrumque fit postea invito, aut certe non consentiente promissore: tamen factum non esset, nisi novus dominus cum dominio una etiam potestatem ista, ut in re sua, exercendi accepisset: quam cum promissor in illum transtulerit, nempe faciendi caussa et occasio ab illo nata est. Negligendo idem fit, cum promissor servum promissum, quem apud se habet, negligit ægrotum, ut si medicum non adhibet: ex quo deinde mors secuta. *L. si quod supr. de æd. ed.* Hujus generis facta illa sunt potissimum, quæ exsequitur hoc loco Paulus; tractatque an omnia eam culpam contineant, de qua quærimus, idest, quæ perpetuet obligationem. In summa autem ostendit non idem de hoc genere, quod de mora judicandum esse: quippe nulla mora interveniente non omne factum hujus generis quamvis ab ipso promissore natum perpetuam obligationem facere de quibusdam etiam dubitari posse, quamvis hæc ipsa faciant perpetuam: ut merito cognoscendum sit, quæ hic perpetuent, aut non perpetuent, et quamobrem. De quibus ille ita scribit, ut primum dicat de occisione debitoris, cui similis haberi debet ejus exemptio ex hominum commerciis: secundo loco de ejus negligentia: tertio de alienatione: quo ordine et de his dicemus. Ergo de his de sententia hujus loci, et aliorum sic habendum est. † Debitor hominis, si sciens se eum 6
debere, sine causa legibus cognita occidit, etiam nulla mora intercedente, nihilominus tenetur; idemque est, quocunque alio modo effecerit, quominus posset solvere, veluti manumittendo; hoc *in pr. L. et §. sequ. tur. in pr.* Scilicet hic manifesta est ejus non tantum culpa sed etiam dolus ut non sit dubium quin hoc factum ad regulam veterum pertineat. Si caussam habuit, cur occideret, idque jure publico, ut si in adulterio deprehensum occidit, contraria de caussa non tenebitur, *L. qui servum, infr. L. qui occidit, supr. ad L. Aquil. L. quid ergo, §. si heres, supr. de leg.* 1. nulla enim culpa est id fecisse, quod jure permittente feceris. *L. 4. L. 5. §. injuriam*, supr. *ad leg. Aq. L. Gracchus. C. de adul.* Quid, si nulla quidem fuit causa servi occidendi: sed tamen debitor se debere igno-

rans occidit? Propone heredem, qui in facto defuncti justam habet ignorationis caussam. *L. qui in jus. infr. de reg. jur.* Scriptum hic est in §. *de illo.* itemque in §. *si res legata Inst. de leg.* heredem qui rogatus est servum suum restituere, si eum manumittat teneri, quamvis nesciret se rogatum esse codicillis. At enim culpam exigimus ad perpetuandam obligationem: quæ autem potest esse culpa in eo, qui factum ignoret: certi facti ignorantia ubique justam excusationem habet, eoque et nulli nocere eam receptum est, *L. 2. L. error, supr. de jur. et fac. ig.* Et ipsa per se ignorantia facti, si nihil amplius quam de ignorantia quæritur, extra omnem moram est: neque enim divinare quisquam potest, quod sit in re, ubi de ea prius non cognoverit. Unde qui in hac ignorantia petenti domino rem quam possidet, non restituit, aut petenti creditori rem debitam non solvit, placet eum moram non facere, neque ei nocere hanc recusationem: *L. illud. supr. de her. pet. L. quod te, supr. si cert. pet.* scilicet, quia ultra defensionem juris sui necessariam non progreditur, sed rem ad restituendum integram conservans exspectat, donec doceatur de jure adversarii. At quod heres se debere ignorans servum non necessario occidit, aut manumittit prius, quam cognosceret de voluntate defuncti, de oneribus hereditariis, deque ære alieno; hoc vero culpæ ejus assignandum est: cogitare enim debuit, cum ad alienam successionem accederet, fieri posse, ut sint legata aut fideicommissa a testatore relicta, quibus ipse sit obligatus: inquirere diligentius de re tota, et an ulli sint codicilli a defuncto relicti: expectare etiam, an ulli emergant: interim non committere, ut ullo facto suo sibi adimat parendi voluntati facultatem. Quod si non putavit fieri posse, ut ulla alia esset voluntas defuncti, quam ea, quæ nunc in testamento se ostendit; hoc ipsum culpa est, cum quod a diligente provideri potuit, non est provisum. *L. si putator*, supr. *ad leg. Aq.* Item non consistemus in hac tantum specie: sed in omni onere hereditario, in re omni, quam defunctus debuerit, idem dicemus; si puta, servum a defuncto promissum heres deberi nesciens occiderit aut manumiserit. Nam et hæc culpa ejus est, si non cogitavit defunctum habere posse creditores; fieri posse, ut res quæ occisa est, deberetur. Prius ipsum quærere oportuit de creditoribus et oneribus hereditariis et expectare, donec illi existere possent: sic etiam potuit fieri, ut et de servo debito cognosceret. De quibus prius quam comperisset, ad non necessariam cædem, aut manumissionem servi prosilire non debuit. Proinde ne in homine quidem debito solum probandam est, heredem eum teneri, qui eum nesciret se debere, servum occidit: sed etiam in bove, et quovis alio animali promisso, quod heres ignarus occiderit. Quamvis enim in re familiari justa forte et probabili caussa cogente id fecerit, ut vescendi caussa, cujusmodi in servo occidendo nulla est; tamen semper hærebit in eo hæc culpa, quam dixi, quod cum accesserit ad alienam successionem, non cogitarit de oneribus hereditariis: fieri posse, ut hæc aut illa deberentur, ac denique adversus eam dubitationem omnia integra non servarit. Huc accedit rei æquitas, quod non debeat ipsius factum alteri damnum afferre, juxta regulam juris *L. factum, infr. de regul. jur.* qua et ipsa ratione Julianus in hac specie utitur adversus heredis liberationem in *L. quidam*, §. *pen. in fin. supr. ad Trebell.* Sed an omnes debitores, qui rem debitam ignorantes occiderunt, aut manumiserunt, pariter tenentur? Et si omnibus pariter posset culpa objici, cur de debito non cogitarint, ut heredibus, a quibus res legata est, aut qui iis successerunt, qui scirent aut scire possent debitum, omnes pariter teneri diceremus secundum constitutionem veterum, de qua agimus; sed quoniam non in omnibus culpa est, eo fit, ut interdum non omnes teneantur. Id accidit in eo qui indebitum servum accepit; nam si eum nesciret indebitum, manumisit, placet eum non teneri, ne ad pretium quidem. *L. in summa*, §. *penult. supr. de condiction. indeb.* Quæsitum est, quamobrem. Vulgo putant quodam jure receptum esse in ea condictione, quia ejus hæc natura sit, ne is qui accepit indebitum, teneatur ultra, quam locupletior factus est. Arg. *L. si non sortem*, §. *libertus*, *supr. de condict. indeb.* quod alii hac ratione confirmant, quia hæc condictio sit ex æquo et bono introducta. *L. pen. supr. de cond. ind.* Sed nihil ejusmodi est: etenim si is qui indebitum accepit, manumisit, aut alio modo desiit rem habere sine culpa, non tenetur is quidem; sed nihil hic proprium hujus condictionis: nam et in omnibus aliis obligationibus hoc evenit, ut re sine culpa debitoris perempta debitor liberetur, dictante hac regula veterum, quam interpretamur. Sin autem culpam in eo esse admittimus, nullo modo neque in hoc neque in ullo alio judicio recipiendum est, ut is facto suo liberetur. Nam in constitutio veterum generalis est, culpa debitoris per-

petuari obligationem: et præterea res ejusmodi, ut nihil sit æquius, quam debitorem facto suo, id est, culpa non liberari hac *L.* §. *nunc videamus*: quam factum suum, idest, culpam cuique nocere, non adversario, quod et regula juris comprehensum est. *d. factum. infr. de reg. jur.* Nec vero huic æquitati usquam magis locus esse debuit, quam in condictione indebiti: est enim re vera ex æquo et bono, et quidem ita, ut quæ non præstantur in aliis judiciis, in hoc præstentur secundum naturæ æquitatem, si is percepit, qui accepit indebitum, ut fructus, etiam ante moram percepti: *L. indebiti, de cond. ind.* quos constat in aliis judiciis non venire: *L. si filiusfam. §. ult. supr.* ut pretium perceptum ex re indebita distracta; *L. si non sortem, §. libertus. supr. de cond. ind.* quod non præstatur ne a venditore quidem bonæ fidei judicio, si is rem a se distractam alii rursum vendiderit, et prius quam moram faceret priori emptori, res vendita decesserit. *L. venditor ex hereditate, ver. nam is eundem, supr. de her. vel act. ven.* Ex quo efficitur, non aliud quod isti præpostere ratiocinantes putat, ut is qui indebitum manumisit nesciens, et facto debeat liberari, si in eo culpa est; sed contra, ut magis debeat teneri. Sic enim recte colligitur; condictio ex æquo et bono est; ergo in ea omnium rerum ratio habenda est quas æquum et bonum, est præstari. Æquum autem et bonum si res ejus, cum quo agitur, culpa perierit, culpam ab ea præstari, eumque eo facto teneri, et quidem ita, ut nihil sit æquius; nam et in strictis judiciis, quæ non sunt ex æquo et bono, hæc culpa a debitore præstatur, quod efficitur ea constitutione veterum tractamus: proinde et hujus culpæ nomine eum, qui indebitum accepit, teneri oportet, idque tanto magis, quanto hujus major et æquior obligatio est, quam ejus qui ex stipulatione obligatur. Nihil ad rem pertinet *L. si non sortem, §. libertus, de cond. ind.* illic enim traditur eum, qui indebitum vendidit, solum refundere debere, quod ex pretio habet, ad rem autem quam non habet, non teneri, quod et verum est; nam et eum, qui manumisit, nec pretium consecutus est, non teneri dicimus, deque eo nunc agitur ex *d. L. in summa, §. pen.* sed quæritur, utrum natura judicii id fiat, etiam si culpa manumittentis arguatur, an vero ideo, quod in eo qui sibi debitum existimans manumisit, culpa nulla sit: quid manumiserit. Satis autem ostendi judicii natura non fieri, et generaliter probandum non esse, ut quem culpa occidisse aut manumisisse confitemur, eum nihilominus velimus liberari. Relinquitur igitur, ut intelligamus ideo in indebito hoc recipi, quia non sit, quod obiiciatur ei, qui indebitum accepit, si putans rem sibi debitam pro sua alienavit, aut manumisit. Qua ratione admissa, si vera est, et naturæ condictionis consentanea dicimus, dum hujus præstationis æquitatem in hac condictione quæ ex æquo et bono diudicatur, servamus; et simul constitutionem hujus loci retineamus per omnia; quod in generali definitione et perpetua æquitate factum oportuit. Culpa enim in eo, qui indebitum manumisit, detracta, nihil dicimus huic constitutioni repugnans, si eum manumissorem non teneri dicimus; quia constitutio quæ vult perpetuari obligationem, de culpa loquitur. Cur autem in cæteris debitoribus culpa sit, si rem debitam quamvis nescientes se debere occiderint, vel manumiserint: in eo autem qui indebitum ignorans accepit, nulla; hæc ratio est, quia heredes de quibus locuti sumus, et in quos cadit, ut juste ignorent se debere, causam habent, cur cogitent potuisse defunctum et hanc rem debere, et item alias omnes, aut etiam eas legare: quoniam hæc ut plurimum est conditio rerum hereditariarum, hæc ut plurimum voluntas testantis. Est etiam officium heredis inquirere de hereditariis oneribus, et ad ea ferenda se integram servare. At is, qui indebitum accepit, si ante debitum putavit, tantum abest, ut accipiendo habeat ullam causam, cur cogitet posse esse indebitum, quod accipit, ut contra omnem causam habeat, cur existimare debeat esse debitum, et quidem adversarii facto et confessione constitutam: ille enim rem ut debitam solvendo, simul et eam talem esse solutione sua accipienti confirmavit: ut hoc quodammodo furto juberet illum esse securum. † De ne- 7
gligentia promissoris, quod secundo loco tractat Paulus initio, ita statuit, si promissor servi negligat infirmum; quamvis servus postea decesserit, tamen promissorem non teneri; et generaliter eam culpam quæ in non faciendo sit, eum præstare non debere. Id quidem Paulus initio aperte scribit: quod Bartolus et alii cum Accursio dum negant apparet eos suum quoddam judicium secutos verba Pauli non considerasse unquam aut certe latine non intellexisse. Paulus non dubitantis aut quærentis more, sed affirmans ita scribit; *quod magis probandum est.* Quid est autem illud, quod magis probandum esse dicit? quod quæsierat videlicet, et uti quæsierat; quærebat autem, an culpa *in faciendo* accipien-

da sit. Respondet ergo, hoc probandum esse. Cui ergo dubium esse potest, his verbis hoc eum dicere, hanc culpam quæ *in non faciendo* sit, in promissore non esse accipiendum? Ad quod confirmandum ratio sequens refertur: *quia*, inquit, *qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur*: quæ ratio est ejusmodi, ut etiam si posita esset solum ad dubitationem, tamen ipse confutari non posset. Certum est enim nihil promissorem culpa facere, si non facit id, ad quod non tenetur: unde eum a quo id petitur, quod non debet. et id recuset quamvis interpellatus, tamen moram non facere dicimus. *L. nulla. infra. de reg. jur. L. si pupillus, infr.* Quod contra esset, si qua in eo esset culpa, quod recusaret. *L. sciendum, supra, de usur. L. qui decem. infra. de sol.* Bene igitur sic colligemus eum Paulo; nihil culpa cui contra jus facit promissor, si id non præstat, ad quod ex stipulatione non tenetur; promissor autem hominis ad dandum hominem obligatur ex stipulatione, non ad eum curandum, quia de eo nihil cavit. Proinde si servum non curaverit, culpa vacat; eoque etsi servus postea decesserit. non tenebitur. Hac vero ratione facile diluuntur ea, quæ istis obstant quominus audeant fateri, quod verum est, et hoc loco scriptum tom diluelde. Moventur exemplo emptoris, in mancipio illi tradito, quod redhiberi oportet: nam si ejus culpa mancipium perierit, placet eum nihilominus ita teneri, ac si homo adhuc viveret; et culpam sic æstimandum, ut etsi ægrotum neglexerit, ne adhibuerit medicum teneatur. *L. quod si nolit, §. si mancipium, et §. seq. supr. de æd. ed.* Moventur et exemplo heredis. a quo in re legata placet omnem culpam levem esse præstandam non tantum eam, quæ in faciendo sit, sed etiam quæ in negligendo. *L. cum res, §. penult. supr. de leg. 1.*

8 † Quasi in his duabus caussis quidquam sit com stipulatione et promissore commune. ac non manifestis rebus a stipulatione in hac ipsa quæstione de culpa disiungantur. In emptione et venditione versatur utriusque utilitas emptoris et venditoris. Ideo a venditore in re vendita nondum tradita exigitur; non tantum ut absit ab eo dolus in ea re, sed etiam culpa; hoc amplius et custodia ejus rei diligens exigitur *custodiam. supr. de per. et com. rei vind.* Idem exigitur et vice versa ab emptore in re vendita illi tradita, quam postea redhibitam velit: *d. L. quod si nolit, §. culpam, de æd. ed.* quod constat non item receptum esse in aliis contractibus, in quibus solius creditoris utilitas agitur, qualis est stipulatio, juxta distinctionem de hoc genere traditam in *L. si ut certo. §. nunc videndum, supr. com. L. contractus. infr. de reg. jur.* Sed quod discrimen præcipue notat superior ratio Pauli, hoc est. quod emptio utpote judicium bonæ fidei, ejusmodi est, in qua alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex æquo et bono præstare oportet, etiam si de eo nihil convenerit: ut consequens sit emptionis naturæ etiam ab utroque ejus rei, quam præstare alteri debeat, custodiam ut pro officio boni viri sine alia conventione exigi. *§. in bonæ, Instit. de act. §. ult. Inst. de obl. ex cons.* At ex stipulatione, quæ strictis judicii est, *L. in actionibus, in fin. et L. seq. supr. de in lit. jur.* tantum debet quisque, quantum nominatim in stipulationem deductum interroganti promisit. *d. §. ult. Inst. de obl. ex cons. L. quia, supr. de neg. gest.* Ex quo recte colligit Paulus, cum constat eum, qui dari promisit, non promisisse se quidquam in re promissa facturum, ideo eum ad dandum, non etiam ad faciendum teneri. Quo intelligi volt, etsi nihil fecerit, jure suo facere: ac proinde ne eo quidem nomine teneri. Eadem legati caussa, quæ emptionis. Nam et in legato versatur utilitas non solum legatarii, cui legatum, præstatur, sed etiam heredis, qui ut præstet, hereditatem accipit: quam ipsam ob caussam et culpam ab herede in re legata præstari Africanus respondit *L. si servus, §. cum quid, supr. de legat. 1.* Et præterea comperantur legata et fideicommissa bonæ fidei judiciis: onde et in illis fructus ex mora debentur. *L. in minorum, Cod. in quib. cau. in int. res. nec. non est. L. equis. L. respon. §. ult. sup. de usur.* Id voluntas testantis facit, quam sic interpretamur, quasi velit quod legat, quam plenissime et fidelissime ad legatarium pervenire. *L. in testamentis, infr. de reg. jur.* Quorum nihil simile in stipulatione et promissore. Scio extare hæc verba in *L. venditor ex hereditate. vers. quemadmodum, supr.* de her. vel. act. ven. *quemadmodum fundi venditor fructus præstat bonæ fidei ratione: Quamvis si neglexisset, ut alienum, nihil ei imputari possit: nisi si culpa ejus argueretur.* Quibus verbis plerique probari putant ne venditorem quidem negligentiæ nomine teneri: et fatentur id recte dici in fructibus; in re autem ipsa vendita custodienda diligentiam ab eo exigi. Sed non debuerunt his verbis moveri. ut a regula juris nota de iis contractibus, in quibus utriusque ex contrahentibus commodum agitur, discederent: quæ potius supra scriptis illis verbis maxime confirmatur. Nil potest imputari ei, qui fundum neglexit: sed adii-

ciuntur hæc verba, *ut alienum;* item hæc exceptio, *nisi si culpa ejus argueretur*. Quibus significatur, si venditor fundi alieni negligat, eum alienum, nihil posse ei imputari: scilicet quia nulla sit culpa non fecisse in alieno, quod etsi venditor vellet, tamen non posset facere invito domino. Et tamen idem venditor si potuit eum fundum a domino recipere, vel ab eo imputare, ut ipse fundum coleret, neque fecerit, incipiet teneri eo nomine, quia in eo jam culpa ejus arguatur. Unde intelligimus, si idem fundum suum neglexerit, multo magis eum negligentiam præstare debere. Ut autem nihil aliud illic adiiciatur, quam hæc exceptio, nisi culpa ejus argueretur, satis argumenti est, semper venditorem neglecti fundi nomine teneri, ubi potuit curare, nec facit, quia in eo culpa est. Ita verissimile dicitur in emptione et dolum et culpam, et negligentiam eum a venditore, tum ab emptore in re redhibenda præstari. Sed multum, ut dixi, omnibus rebus emptionis causa et similium distat a stipulatione: ut quod de negligentia in illis præstanda dicitur, ad stipulationem transferre, hominum sit, quid istarum rerum tam dissimilium natura postulet, non satis intelligentium.

9 † At saltem in vindicatione hominis, si is neglectus a possessore fuerit, culpæ hujus nomine tenetur possessor, ut hic scribit Paulus: quidni igitur eodem exemplo teneatur negligentiæ hujus nomine et is, qui dari promisit? Hoc argumentum Paulus non solvit: propterea quod nihil ad rem pertinet: intelligendum est enim in vindicatione alicujus rei nunquam possessorem culpæ nomine teneri, nisi aut post litem contestatam, aut si ante mala fide possederit: *L. qui petitorio. §. qui rem, L. si homo, supra, de rei vind.* ut consequens sit nunquam possessorem teneri eo nomine, nisi cum in re restituenda moram fecerit. Quod tantum abest, ut adversetur huic loco, ut velimus et in promissore post ejus moram idem maxime admittendum esse: quem placet mora facta et maxime post litem contestatam, etiam si res casu sine ulla ejus culpa perierit, nihilominus teneri. *L. si ex legati, supra*, et hac *L. vers. sin autem*, *L. cum fundus, supra, si cer. pet. L. 2. supra, de usur.* At enim Paulus simpliciter negat promissorem teneri ejus culpæ, quæ sit in non faciendo. Nempe, quia de eo loquitur, qui antea moram non fecerit: sic enim proposuit initio, *Si servum stipulatus fuero, et nulla mora interveniente servus decesserit.* Hoc idem si contingat in possessore, a quo res vindicari potest, ne hic quidem pro eo tempore quo sine mora possedit, illius culpæ nomine tenebitur: quod fit ante litem contestatam, si et tum possedit bona fide, *d. L. si homo, supr. de rei vind.* Ex quo intelligi potest, quam considerare et aperte faciant, qui conatur diversitatis eationem reddere inter possessorem, et promissorem, cum de culpa ab his præstanda agitur: quasi quidquam inter eos in hac re intersit, quos oportet tam per omnia in eadem causa haberi. Ante moram neuter culpam præstat: mora facta ambo pariter præstant; quam igitur hic dissimilitudinis rationem quærimus? Quæ si esset aliqua, attamen ferendum non esset, ut diceremus promissorem ideo neglectæ rei nomine non teneri, quia licuerit ei versari negligenter ut in re sua. Liceat sane ei negligere rem suam, quam nulli debeat; at si alii debet præstare, cur ei magis liceat eam negligere, quam possessori, cum eam non sibi habeat, sed stipulatori? Ista ratione nec teneatur venditor negligentiæ nomine, ubi res vendita ejus est: nec heres quoque, ubi res ejus legata est. Quorum utrumque aperte falsum est. Sed, ut dixi, non fuit laborandum in eo dissolvendo, quod contrarium non fuit. Cur ergo possessoris exemplo ad dubitationem proponendam Paulus usus est, si is ib eo dissimile nihil fuit? magis haud dubie exempli gratia, ut ostenderet, quam culpam vellet intelligi, quam quod exemplum faceret ad dubitationem; neque enim quod de possessore hic dicitur, ad eum promissorem, qui moram non fecit, de quo hic agitur, quidquam pertinet. Sed ut nihil obstent Paulo illa quæ dixi; at certa verba ipsa constitutionis veterum videntur maxime adversari. Ipse enim fatetur negligere infirmum esse, quæ fit in non faciendo. Porro constitutio generaliter scripta est, culpa perpetuari obligationem. Ita fit, ut hæc quoque culpa, quæ in non faciendo est, secundum verba constitutionis perpetuare obligationem debeat: quod non fit aliter, quam si mortuo servo qui neglectus est, promissor tenebitur. Et dicendum est, quod supra quoque ostendi, quod promissor servum infirmum negligit, culpam non esse: ideo factum ad constitutionem non pertinere. Idque Paulus satis declarat, cum ait promissorem ad curandum infirmum, et omnino ad faciendum non teneri; nam si non tenetur, absolutum est nihil eum culpa facere, qui non curet, aut quid in re promissa non faciat: nulla enim culpa est non facere, quod non debeas.

† Sed Paulus culpam vocat, quia diversis 10
rationibus idem factum et culpam esse, et rursum non esse recte dicitur. Si officium cujus

que in rebus administrandis spectamus, cul-
pa est non ita versari in rebus nostris, ut di-
ligentem patremfamilias et frugi decet: sin
obligationis, et ejus quod stipulatori præstan-
dum est, ratio habetur, nulla omnino adver-
sus eum culpa admittitur in eo non præstan-
do, quod promissor non debuerit. Hactenus
effectum est, promissorem servi, si infirmum
negligat, non teneri, et omnino in re pro-
missa eam culpam non præstare, quæ sit in
non faciendo: sed hoc ita, ut possit sine ulla
hæsitatione concedi, si rem negligat levi, non
lata culpa, ut quia in suis etiam rebus idem
faciat: nam nec in aliis contractibus, in qui-
bus solius creditoris commodum versatur,
culpam levem præstat debitor. *d. L. si ut*
11 *certo, §. nunc videndum, supr. com.* † At
quid, si hominem diligentem proponas, qui
non negligat eodem modo res suas, sed cu-
ret diligenter: hunc tamen neglexisse ser-
vum infirmum, quam promiserat, itaque
peccasse in eo, non levi et consueta in re-
bus suis negligentia, sed ea culpa, quæ dici-
tur lata, quæque dolo comparatur? an non
saltem hujus nomine tenebitur? Hanc qui-
dem etiam depositarium præstare constat,
cujus tamen commodum in deposito nullum
versatur, et quem placet alioqui levis culpæ
nomine non teneri: at ideo hanc ab eo præ-
stari placet, quia lata culpa dolus est. *L. quod
Nerva, supr. dep.* An non igitur par est et
hanc a promissore præstari, si eum res suas
cæteras curare solitus sit, promissas neglexe-
rit? Sed manifestum est Paulum hoc sentire,
debitorem, qui ex stipulatu hominem debeat,
quocunque modo infirmum neglexerit, non
teneri. Primum, quia de promissore ipso lo-
quitur; qui non potuit ignorare se debere,
certe facti sui ignorationem prætendere non
potest. *L. quamquam, supr. ad Vell.* Deinde
quia utitur ea ratione quæ ad omnem negli-
gentiam etiam latam pertinet. Ait enim pro-
missorem, qui ægrotum neglexit, ideo non
teneri, quia ad faciendum non tenetur. Hæc
quidem ratio hoc efficit, ut quamvis sciens
prudens neglexerit, tamen nihil debeat. Ut
enim si res alienæ pereant, dum opem ferre
possum, et negligo, tamen non teneor eo no-
mine aut lege Aquilia, aut ulla alia lege,
tantum ideo, quia hanc curam alienis rebus
non debeo: *L. si cujus, §. denique, supr. de
usufr. et quem.* sic in re debita si semel ad-
mitti cœperit, me ad eam curandam non obli-
gari, consequens est si eam quamvis sciens
neglexerim, me ejus negligentiæ nomine te-
neri non debere: semper enim illud tenebi-
mus nullam culpam esse non facere id quod
non debeas, etiam si consulto non facias. Et
quid attinet quærere, an eo non facto culpa
admittatur, nec ne, si constet promissorem
non faciendo non teneri? at profecto hæc
lex est faciendi obligationem, ut si quis ad
aliquid faciendum non obligatur, multo mi-
nus eo non facto teneatur in id quod interest.
L. stipulationes non, ver. Celsus, supr. eod. At
enim depositarius, cujus nullum commodum
agitur in deposito, et quem alioqui placet
culpam non præstare, tamen tenetur latæ
culpæ nomine, si non ad suum modum sal-
tem curam adhibuerit in re deposita, *d. L.
quod Nerva, dep.* In promptu differentiæ
ratio est: quippe promissor in re promissa
nihil se facturum cavet: ideo, ut inquit Pau-
lus, *ad dandum tenetur, non ad faciendum*:
nam præterquam quod promisit, non obli-
gatur, ut supra diximus. At depositarius re-
cipit se rem custoditurum, cum depositum
sit, quod alicui custodiendum datur. *L. 1.
in pr. supr. dep.* Hujus vero custodiæ pars est,
rem perituram non negligere, si pro tuo ca-
ptu servare liceat: merito igitur tenebitur
rei neglectæ nomine, qui ad curandum ex
natura contractus tenebatur. Unde in *d. L.
quod Nerva,* dicitur depositarius non posse
salva fide minorem deposito, quam suis rebus
diligentiam præstare. Non est fides, nisi
quam dedit. Nisi fidem hic accipimus offi-
cium boni viri, quod in bonæ fidei judiciis
sine ulla manifesta conventione præstandum
est. Sed nullum tale officium præter quam
quod verbis cautum est, exigitur a promis-
sore: stipulatio enim bonæ fidei judicium
non est: de quo etiam ante diximus. † Supe- 12
rest tertium de re a promissore alienata,
quam deinde novus dominus vel exemerit
hominum commerciis, veluti hominem ma-
numittendo, vel etiam de medio sustulerit,
veluti occidendo. Quod attingit Paulus in
illis verbis, *sed si quidem res*: atque ita sta-
tuit, ut si res promissa quandoque promisso-
ris fuit, idest, vel ab initio, vel postea, deinde
alienata ea a promissore novus dominus ali-
quid fecerit, quo res eximeretur ex commer-
ciis, promissor minus teneatur, quam si ipse
servum promissum manumisisset. Et recte.
Etsi enim, cum servus alienatus est, non
potest promissor impedire, quominus novus
dominus de eo statuat, ut vult: etsi etiam
alienatio non facit, ut servus sit manumis-
sus; tamen, ut initio dixi, alienatio ejusmodi
caussa est, sine qua nullo modo manumissio
esset secuta. Non enim manumitteret alius,
nisi esset dominus: quod autem dominus esse
cœpit, consecutus est a promissore, dum is
rem in accipientem transtulit. Hæc vero cul-
pa est, quod promissor id fecit, nec cogitavit

homine alienato evenire posse, ut a domino manumitteretur. Arg. in *L. si quis dominum*, §. 1. *ver. idem. supr. loc.* Sed Paulus de ea re loquitur, quam novus dominus exemit commerciis hominum: nihil de ea, quam novus dominus occidit. Quid ergo, si servum promissum alienavit promissor, et eum novus dominus occidit; an idem dicemus? movet, quod non ut alienatio manumissionis, ita et cædis caussa dici potest: neque enim manumitteret novus dominus, nisi alienatione dominus factus esset: occidere autem posset, etsi non esset dominus. Sed verius est et servo alienato occiso, si quidem novus dominus occiderit, idem probandum esse. Etsi enim is occidere potuit etiam alienum: tamen dominus factus majorem potestatem ulciscendi, et in servum excandescendi, majorem etiam occidendi facultatem nactus est. Quemadmodum autem si ipse debitor occidisset aut manumisisset rem promissam, quamvis nesciens se debere, teneretur; ita etsi alienaverit ignorans, et eadem postea secuta sint, eodem modo tenebitur. §. *si res legata, in fin. Instit. de leg.* Eadem dicemus etsi novus dominus eandem rem rursum transtulerit in alium, a quo deinde servus aut manumissus, aut occisus sit: hoc in vers. *idemque fiet.* hac L. Semper enim verum est, promissorem bis casibus caussam præbuisse: quia nisi rem alienasset, illa non contigissent. Ex his apparet promissorem in re promissa factum omne suum præstare, sine quo factum non esset, ut res desineret dari posse, sive occiderit ipse, aut manumiserit, sive re alienata alius: negligentiam autem suam in totum non præstare. Sed cum alienato servo, qui deinde a novo domino occisus est, promissor servum non occidat, sed tantum mortis caussam præbeat: qui fit, ut placeat hunc propter alienationem servi teneri; propter negligentiam autem non teneri, quamvis hæc non minus præstiterit mortis occasionem? Quia nemo cogitur legibus ulla re aut opera, ullove officio prodesse alteri, si nolit, ubi illi non sit obligatus; eoque extra culpam est promissor, si curam in re promissa non præstat, ad quam constet eum, alioqui ex stipulatione non teneri; ac non teneri eum ostendimus. At nocere alteri, ejusque deteriorem conditionem facere omni jure et naturali et civili prohibemur. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Ac quodcunque ejusmodi factum nostrum est, non potest fieri, quin in eo certa nostra culpa sit; cum fuerit in nostra potestate non admittere, potuerimusque prospicere hoc evenire posse, quod accidit. Inde dictum, factum cuique suum nocere debere, non alteri: *L. factum, infr. de reg. jur.* Sic fit, ut regulæ veterum convenientissime utrumque dicatur, ut negligentiam promissoris in re promissa obligationem non perpetuare, quamvis interitus sit consecutus, quia hæc negligentia in promissore culpa non sit: et rursum hujus alienationem perpetuare obligationem, si res deinde a novo domino tollatur, quia factum hoc certam culpam habeat; ac de culpa definitio veterum concepta est. Interim ut teneatur promissor re sublata, factum ejus aliquod in ea intervenire volumus, ut sit in eo culpa, de qua loquitur constitutio, ad perpetuandam obligationem.

✝ Quod 13
si nihil omnino fecit; et res nihilominus ante moram ejus amissa est; citra controversiam liberatur, pertinetque ad definitionem de interitu rei debitæ traditam in *L. si ex legati, L. inter, §. sacram, supr. eod.* quod contigit si servus alienus promissus sit, et alius vel occiderit eum vel manumiserit: *L. is qui, sup. eodem*, et hac *L. vers. sin autem alienus.* Idem est; si cum Stichum alienum promisissem, is deinde meus factus sit; cumque prior dominus ei libertatem testamento dedisset sub conditione, ea postea existente statuliber ablatus sit in libertatem. *ead. L. ver. item si homo.*

Ad §. *De illo.*

De illo quæritur, an et is qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Julianus putat in eo, qui cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit.

SUMMARIA.

1. *Heres ob servum, quem rogatus est restituere, a se manumissum tenetur.*
2. *Servo, qui restitutioni a testatore subjectus est, ab herede manumisso, an libertas competat.*

1 Heres rogatus servum restituere, si eum manumittit, nunquam suo facto liberatur, quin saltem æstimationem servi debeat, sive se debere sciverit, sive ignoraverit, ut hic scriptum est, et supra ostendimus. Nec refert, suum proprium manumittat, de quo erat rogatus sn eum, qui fuit testatoris *L. si quis inquilinos*, §. 1. *supra, de leg.* 1. §. *si res le-*
2 *gata, Instit. de lega.* ÷ Sed an saltem ita possit heres hunc servum, de quo rogatus est, manumittere, ut servo libertas competat, quæritur: non enim videtur res a testatore subjecta restitutioni, alienari aut manumitti posse, ne si sub conditione quidem legata sit, et pendente conditione alienata aut manumissa. *L. ult.* §. *sed quia nostra, et* §. *sin autem, C. com. de leg. L. generaliter.* §. *ult. supra, qui et a quib. ma. lib. non fi.* Rursum de servo ita Paulus hoc loco scribit, ut eum Julianu ponat heredem hunc ipsum servum manumisisse. Et recte Paulus. Sive enim de suo proprio restituendo heres rogatus est, sive de servo testatoris, est cur possit eum servum manumittere; dissimiliter tamen. Suum proprium heres damnatus dare, aut restituere jussus, semper eum recte manumittit, *d. L. si quis inquilinos*, §. 1. *de legat.* 1, non enim desinit ejus esse, quia legatus est, nec potest invito eo fieri legatarii, *L. id quod nostrum, infra, de regul. jur.* ita cum semper maneat heredis, nihil est impedimento manumissioni. Et quod dicitur in *L. heres, sup. qui et a quib.* heredem servum proprium quem testator legaverat, manumittendo nihil agere; recte Accursius sic accepit, ut intelligatur nihil agere ad liberationem, non efficere denique quominus teneatur, ut significatur in *d.* §. *si res legata:* semper enim pretium debebit: idque ita declaratur apertius in *d. L. si quis inquilinos*, §. 1. Servum autem hereditarium si jussus sit restituere heres, et hunc quandoque potest manumittere; sed hac conditione si rogatus sit restituere hereditatem, in qua fuit is servus; placet enim heredem ita rogatum quamvis non ignarum fideicommissi posse servum, qui ex ea hereditate sit, manumittere ita, ut ipse, aut heredes ejus pretium tantum servi fideicommissariu præstare debeant, libertate favore sui servata. *L. quidam.* §. *penul. supra, ad Trebel.* Servum hereditarium si nominatim rogetur heres restituere, frustra hunc manumiserit: sive enim pure, aut in diem servus legatus est, statim fit legatarii; *L. a Titio, infr. de fur.* alienum heres manumittere non potuit: hoc in dicta *L. ult.* §. *sed quia, C. com. de leg.* Sive legatus est sub conditione, est quidem is servus heredis pendente conditione; sed conditione exsistente res eo redit, quasi nulla conditio antea fuisset. Quo fit, ut nec pendente conditione placeat eum servum ab herede manumitti posse, *d. L. generaliter*, §. *ult. supra, qui et a quibus.* Cur ergo non idem probatum est, cum heres rogatus est restituere hereditatem, in qua fuit servus, cum hereditatis appellatione singulæ res hereditariæ contineantur? *L. si quis cum, in fin. supra, de exc. rei jud.* Quia eum servus hereditarius certus specialiter legatus est, res dubitationem non habet, quin de eo præstando non de ejus æstimatione testator senserit. Proinde hunc ipsum ex voluntate defuncti fieri legatarii oportet: cujus cum esse cœperit, ab alio manumitti non potest: neque in re certa locus est conjecturæ. *L. continuus*, §. *cum ita, in fin. infra eod.* At cum fideicommissum hereditatis relictum est, potest fideicommissum sic accipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit, utrum res ipsæ singulæ, an vero rerum singularum præstetur æstimatio, si modo rei utilitas et favor eam interpretationem voluntatis suadeant; quod fit, cum de libertate servo danda agitur. Et sane tam pretium rerum

verum singularum intelligitur hereditatis esse, quam ipsæ res singulæ. *L. si et rem. supr. de her. pet.* quæ res dubium fecit apud veteres, bonorum parte legata utrum rerum partes, an æstimatio debeatur. *L. non amplius §. ult. sup. de leg.* 1. Ut ergo fateamur here de hereditatem restituere rogato in re dubia videri sensum de rebus ipsis et corporibus, quæ fuerunt in hereditate; attamen si humanitas et rei favor eo ducant, ut potius rei æstimatio accipienda sit, ut contingit in libertate, humaniorem sententiam sequi oportet *L. si fuerit, §. ult. supr. de rebus dub.*

Ad §. *Sequitur.*

Sequitur videre de eo quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem: quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio. Si vero moratus sit tantum, (hic) hæsitatur, an si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quæstionem de bono æquo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiæ, perniciose (inquit) erratur. Et sane probabilis hæc sententia est, quam quidem et Julianus sequitur: nam dum quæritur de damno, et par utriusque causa sit: quare non potior sit qui tenet, quam qui persequitur?

SUMMARIA.

1. *Regula veterum, Ob culpam debitoris perpetuari adversus eum obligationem, an sit perpetua.*
2. *Moræ purgandæ ratio, et purgatæ effectus.*
3. *De moræ purgatione responsum Celsi declaratur.*
4. *Mora aliquando facta, promissorem postea offerenda liberari æquum esse, duabus demonstratur rationibus.*
5. *Mora purgata debitorem, si res sine facto ejus postea perierit, alias ipso jure, alias per exceptionem liberari.*
6. *Ad moram purgandam oblatio rei debitæ in futurum tantum prodest debitori, non etiam in præteritum.*
7. *Mora a debitore facta, quibus modis creditori statim per occasionem ejus moræ actio acquiratur.*
8. *Judicii potestate actio ex mora quomodo quæratur.*
9. *Conventione quomodo.*
10. *Litis contestatione quomodo.*
11. *In dandi obligationibus, an prosit reo ad purgandam moram rem offerre post litem contestatam*
12. L. Etsi post, sup. Si quis caut.
13. L. 3. §. ult. et L. 4. infr. Jud. sol.
14. L. Fidejussor, sup. de dol. mal. exc.
15. L. hoc edicto, supr. de publican.

(12–15) *explicatur.*

1 Dixit, quam culpam intelligere deberemus in illa regula veterum, culpa perpetuat obligationem. Nunc docet, quam verum sit, quod de hac culpa veteres ita statuerunt, quotles culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. Generaliter enim hoc dictum est, et sine exceptione. Quid ergo, an præfraete hoc ita accipiendum est, ut nullus sit unquam postea liberationi locus? Et Paulus agnoscit in universum vere dici, si effecerit promissor, quominus possit solvere, vel occidendo servum promissum, vel manumittendo, vel transferendo in eum, a quo postea eadem illa contigerint. Siquidem nulla diligentia consequi potest, ut vel restituatur, vel offeratur etiam, quod semel amissum est. Quod si promissor tantum moram fecit, ostendit Paulus non esse in eo constitutionem veterum

2 perpetuam. † Quippe promissorem mora in Sticho præstando facta, postea Stichum offerre posse. Offerendo emendare moram, et quod alibi dicitur, *purgare*; *L. interdum*, *§. ult. sup. eod.* id est, facere, ut perinde habeatur, quasi prius moram non fecisset. Unde et significantiore verbo utens hic ait ea oblatione extingui moram. Quæ res facit, ut Sticho postea sine facto promissoris amisso promissor liberetur. *L. mora, supr. eod.* quod adeo verum est, ut etiam in persona furis locum habeat. *L. in re, supr. de cond. ind.* Hæc de moræ purgatione sententia Celsi fuit, quam et Paulus probat. Cui consequens est, et post culpam debitoris, si culpa tantum in morando fuit, non semper juxta regulam veterum perpetuam esse ejus obligationem, ut qui postea re debita perempta liberetur. Opponebantur huic sententiæ verba regulæ superioris, quæ, ut dixi, generaliter et sine exceptione scripta est. Respondebat Celsus, quo responso et Paulus nunc nititur, verbis quidem regulam generaliter scriptam esse; sed nihilominus ita temperandam, ut diximus. Esse enim hanc quæstionem de bono et æquo. *In quo genere plerunque sub auctoritate juris scientiæ perniciose*, inquit, *erratur.*
3 † Quorum verborum hæc est sententia: idcirco probandum esse moram purgari postea offerendo, quia sit æquum et bonum ita statui. Ideo enim et quæstio ipsa de mora purganda est de æquo et bono. Nec moveri nos oportere verbis regulæ, quamvis pro jure certo recepta sit: quoniam sub auctoritate juris scientiæ. id est, dum verba juris scripti propter ejus auctoritatem præfracte retinere volumus, plerunque perniciose erratur. Sic enim fit sæpe, ut statuamus adversus æquum et bonum, ut in hac quæstione. In quo manifestus et perniciosus error est. Isto enim modo dum videri volumus jus retinere, jus ipsum amittimus non sine pernicie eorum, quibus detrahitur: cum Juris Civilis finis sit æquitas, atque adeo ipsum Jus Civile nihil sit, nisi æquitas, ut definitur a Cicerone in Topicis; unde et ab Ulpiano jus, idest, juris prudentia definitur ars æqui et boni, in *L. 1. supr. de just. et jur.* Quapropter id servabimus in hac quæstione, quod traditum est in *L. placuit, C. de jud.* ut quemadmodum in aliis rebus omnibus, sic in hac quoque præcipua sit justitiæ æquitatisque, quam
4 stricti juris ratio. † Esse autem æquum, promissorem, qui aliquando moram fecerit, postea offerendo liberari, probant veteres duabus rationibus. Una est Marcelli relata in *L. qui decem, infr. de sol.* non esse æquum teneri debitorem pecunia aut re debita amissa, qui non teneretur, si creditor oblatam accipere voluisset. Scilicet creditori factum suum nocere debet, non adversario, ut est regula juris. *L. factum, infr. de reg. jur.* Altera est Pauli reddita hoc loco, estque hujusmodi; etsi verum est debitorem cum interpellatus non solvit, semel moram fecisse: tamen etiam illud verum esse et creditorem nunc moram facere, cum rem debitam oblatam sine justa caussa accipere recusat. *d. L. qui decem, de sol.* Ita fit, ut hactenus saltem in mora par sit utriusque et creditoris et debitoris caussa. Cui consequens est, ut in hac caussa potior esse debeat caussa possessoris et debitoris, quod regula juris efficitur. *L. in pari, L. favorabiliores, infr. de reg. jur.* Eadem Pauli ratio pro eo, unde petitur, in specie non dissimili in *L. 2. ne quis eum, qui in jus voc. est.* Hac autem sententia constituta hinc illæ natæ sunt. Posteriorem moram nocere. *L. illud, supr. de per. et com. rei vend.* et, Unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione. §. unicuique, infr. de reg. jur.* ubi hoc intelligimus, tam creditori nocere suam, quam
debitori, uter posterius in mora fuerit. † Illud 5
notandum est debitorem postea offerendo liberari quidem semper, si res sine facto ejus postea perierit: sed alias liberari ipso jure, alias per exceptionem. Ipso jure, si rem certam debuerit, quæ postea perempta est. *L. stipulatus. 105. infr. eod.* Sic enim fit, ut obligatio sine culpa debitoris in eum casum veniat, unde incipere non potuit. De quo diximus ad *L. si ex legati, supr. eod.* Per exceptionem; si pecuniam debuerit, quam cum obtulisset creditori, et is accipere noluisset, deinde eam amiserit. *d. L. qui decem, infr. de sol. L. interdum. §. ult. supr. eod.* Et merito hic ipso jure non liberatur debitor; quia cum pecuniam certam nullam debuerit, sed pecuniam in genere, non potest dici, quæcunque pecunia illi perierit postea, eam periisse, quam debuit. *L. in ratione. §. incertæ, supr. ad leg. Falc. L. incendium, C. si cer. pet.* Sed tamen futurum fuit, ut is pecunia oblata liberaretur, si creditor accepisset. Proinde æquum est; etsi debitor non liberatur summo jure, tamen eum doli exceptione defendi. Et hoc locum habet in strictis judiciis, ut si quis pecuniam debuerit ex stipulatione, aut ex mutuo. Quod si debuerit ex contractu bonæ fidei, veluti, ex vendito, aut ex caussa rei uxoriæ; pecunia semel oblata ac deinde amissa ipso jure desinet teneri, ut scriptum est in *d. L. qui decem, in fin. 1. resp.* Hoc ideo, quia exceptiones sine alia contestatione insunt bonæ fidei judiciis. *L. 3. supr. de resc. vend. L. hujusmodi. §.*

qui servum, supr. de leg. 1. *L. ult. supr. de her. pet.* in stricti juris judicium non aliter veniunt, quam si fuerint contestatæ *L. præ-*
6 *scriptionem. L. si quidem, C. de except.* ✝ Sed quidquid de facultate moræ purgandæ diximus, etsi initio simpliciter dicitur a veteribus, moram purgari posse postea offerendo; tamen observandum est hoc sensu dici, ut oblato rei debitæ in futurum tantum debitori prosit ad purgandam moram, non etiam in præteritum: seu ut debitor postea offerendo in futurum sibi cavere possit, ne in aliquod sequentis temporis periculum propter præcedentem moram incidat: non etiam ut possit creditori eo facto nocere, ei quid adimendo, quod illi ante oblationem jam partum fuerat. Quod et probat rei æquitas, et declarant eæ rationes, quæ pro hac purgatione a veteribus afferuntur, quas paulo ante commemoravimus. Et sane unicuique sibi cavere, et meliorem conditionem suam facere concessum est: et quidem jus vigilantibus scriptum est. *L. penult. in fin. supra, quæ in fraud. cre. L. si pactum, supra, de prob.* alterius autem conditionem deteriorem facere, eique jus suum detrahere non licet. *L. solvendo, supra, de nego. gest. L.* 2. *supra, de iis qui sunt sui vel al. jur.* Quapropter quæcunque actio creditori post moram debitoris certo quæsita fuerit, sciamus hanc ei nulla oblatione debitoris adimi posse, argum. *L. habere, supr.*
7 *de evict.* ✝ Tribus autem modis contingit, ut mora a debitore facta, per occasionem ejus moræ statim creditori quæratur actio: potestate judicii, aperta conventione, et litis contestatione. Totidemque in causis negamus moram purgari posse, ut actio quæsita auferatur
8 creditori. ✝ Potestate judicii accidit in dandi obligationibus, ut si post moram deterior res facta sit, teneatur debitor tanti, quanti res fuit ante, quam res deterior facta est. *L. in re,* §. 1. *supr. de cond. fur. L.* 3. *sup. de cond. trit.* Si debitor postea deteriorem factum offerat, sibi quidem cavebit in hoc, ne re postea perempta periculum præstet futuri temporis: illud non efficiet, quin talem præstare debeat, qualis fuit, cum deterior facta est, *d. L.* 3. *in fin. de cond. trit. L.* 3. §. 1. *supr. com.* semel enim ejus æstimationis actio creditori quæsita est: quam illi debitor nullo suo facto potuit adimere. In faciendi quoque obligationibus evenit, ut si mora faciendæ insulæ cœperit fieri, statim agi possit in id quod propter eam moram stipulatoris interest. *L. stipulationes non,* §. *ult. supra, L. existimo,* §. *ult. infra eod.* Hic si deinde debitor insulam ædificare paratus sit, non aliter audietur, quam si id ipsum offerat, in quo mora rei factum est jus stipulatoris deterius. *L. si ita quis,* 135. §. *Seja, in fi. infra eod. L. utique, supr. de recep.* Sane si tempus præteriit, quo insula ædificari potuit: agi quidem potest in id quod stipulantis interest, insulam totam ædificatam esse, *L. si ita,* 14. *supr. eod.* et tamen si debitor ante litem contestatam ædificet, placet eum liberari. *L. si insulam, supr. eod.* Sed hoc eo fit, quia non plane et certo adhuc actio stipulatori quæsita intelligitur; quæritur enim sub hac conditione, si intra tempus, quo ædificari potuit, non sit ædificatum: non videtur autem id tempus præteriisse, quandiu lis contestata non est, et licet adhuc ædificare sine ullo detrimento creditoris: ut responsum est de pœna, quæ hac conditione promissa est, si quid datum non esset ex sententia arbitri. *L. quid tamen,* §. *ult. supra, de rec.* ✝ Aperta conventione quæritur 9
creditori actio ex mora, seu post moram in stipulationibus pœnæ tum, cum quid promittitur certo die, ac nisi sua die datum esset, promittitur pœna; nam si eo die datum non sit, pœna certo committitur, quia pœnæ conditio exstitit, §. *sub conditione, Instit. eodem.* Ideo placuit pœna hoc casu semel commissa nihil prodesse promissori ad pœnam evitandam, si quod dari aut fieri debuit, postea creditori offerat: ne actio videlicet illi manifesta stipulatione quæsita, ei auferatur. *L. Celsus, supra, de rec. L. trajecticiæ, supra, de oblig. et act.* Quod tamen sic accipiendum est, nisi id actum sit, ut post diem commissa pœna idem adhuc offerre liceret. Quod fieri puto in specie *L. etsi post supra, si quis caut.* de quo paulo post. ✝ Litis contes- 10
tatione nova acquiritur judicati actio creditori de eo, quod in judicium deductum est. Judicio enim contrahitur itidem, ut stipulatione. *L.* 3. §. *idem scribit. supra, de per.* Hinc est, quod de faciendi obligationibus scriptum est in *L. si insulam, supra eodem,* eum, qui insulam ædificare promisit, si transierit tempus, quo potuit facere, posse facientem liberari, quandiu litem contestatus non sit. Quod si litem jam sit contestatus, nihil ei prodesse, si ædificet. Quippe in judicium venit id quod interest. *L. stipulationes non ver. Celsus, supra,* cujus obligationem et actionem jam certo creditori quæsitam non potuit debitor alterius rei oblatione auferre. Idemque litis contestatio efficit in omnibus causis, in quibus ab initio unam præstare debet, ex cessatione autem debitoris aliud incipit peti posse, deque eo litem secum contestari debitor passus est. Exempla sunt in *L. si Titius,* 9. *supra, et L.* 1. *supra, de pe. leg.* ✝ An autem in dandi obligationibus idem 11

probandum sit ut et post litem contestatam nihil debitori prosit rem petitam offerre ad purgandam moram, nec si recuset petitor accipere, moram faciat, quæsitum est. Vulgo idem hic quoque receptum est. Sunt. qui negent, propterea quod eadem hic res debeatur post litem contestatam, quæ et ante debeatur; ut non possit dici reus cum eandem rem offert, alterius rei actionem auferre creditori. Et recte dicerent, si re petita nullius alterius rei obligatio judicio contraheretur, quam ejus ipsius; quæ petita est. Nunc autem judicio accepto multo pluro incipiunt deberi. Venit enim in judicium omnis causa, idest, et fructus et partus, et alia commoda rei adjuncta. *L. 2. supr. de usur. L. eum fundus, supr. si cer. pet. L. præterea, supr. de rei vind.* veniunt et sumptus litis. *L. eum, quem temere. supr. de jud* Hæc nisi omnia offeruntur petitori, et ita offeruntur, ut illi satisfiat, non offertur quod illi eo judicio præstandum est. Ideoque juste rem petitam solum oblatam recusat accipere. Neque alius est locus, quo magis id ita esse declaretur, quam *§. ult. Instit. de per. et temp. act.* quo tamen nonnulli probari volunt reum post litem contestatam rem petitam offerendo purgare moram. Illic enim ita scriptum est; *si ante rem judicatam is eum quo actum est, satisfaciat actori, officio Judicis convenit eum absolvere.* Non satisfit actori solius rei petitæ oblatione, ut ostendi. Deinde etsi omia offerantur, quæ præstanda sunt; tamen ex supra scriptis verbis satisfieri debet arbitrio Judicis et æstimatione. Sic enim præcipitur, ut a Judice reus in ea re absolvi debeat, non ipse sibi hoc sumere, ut dicat se obtulisse omnia, quæ debuit. Et sane jus ita est, ut Judici statim atque Judex factus est, omnium rerum officium incumbat, quæcunque in judicio versantur. *L. ædiles. §. item sciendum, supr. de æd. ed.* Quo fit, ut re semel in judicium deducta, si neget actos se quidquam sine judice accipere, quod dicat sibi a reo non satisfieri, eoque rem totam sententiæ Judicis permittat, nihil videatur in eo recusare sine caussa, sed ea potestate uti, quam juris et æquitatis ratio illi concedat. Quod si verum est, recte definiemus in universum, post litem contestatam nullius rei oblatione sola moram a reo purgari posse, ut si petitor sine jussu Judicis accipere nolit, quod offertur, dici possit, eum injuste recusare, eoque moram facere; sive aliud offeratur, quam pecunia, quæ in judicium deducta est; sive offeratur res ipsa promissa, quæ et judicio petita est. Videamus, num quid sit, quod his adversetur; non enim desunt loci, quibus videatur significari et ad-
versus pœnam certo commissam. et item post 12
litem contestatam moram purgari posse id offerendo, quod ante poterat recte offerri. ✝ Ac primum in pœnæ stipulatione, an commissa pœna ob id, quod quid sua die datum, factum non esset, nihilominus mora aliquando purgari possit, dubium fecit *L. etsi post. supr. si quis caut.* ubi ita scriptum est: etsi post tres, aut quinque, pluresve dies, quam judicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris jus ex mora deterius factum sit; consequens est dici defendi eum debere per exceptionem. Sunt, qui negent hic pœnam esse promissam, sed velint reum simpliciter promisisse se judicio sisti certo die Proinde fieri hic convenienter omnibus aliis faciendi stipulationibus, si in hac etiam specie dicamus ubi factum non est, quod fieri debuit, reum ante litem contestatam faciendo liberari: *L. si insulam, supr. eod.* Et sanè de pœna promissa nihil illic expressum est. Sed quod dicitur reum per exceptionem defendi; quod proponitur etiam actoris jus ex mora non esse factum deterius. hæc satis significare pœnam in ea specie fuisse promissam, si reus sua die non sisteret, Quod enim dicitur defendi reum per exceptionem, declarat aliquam esse actionem adversus eum ob eam caussam, quod judicio non stiterit. Non est enim exceptio nisi adversus actionem Jure Civili comparatam. *Inst. de exc. in pr.* Non potuit autem ex stipulatione faciendi adversus eum esse actio, nisi aut in id quod interest, aut ad pœnam, de qua cautum sit, quæ ut plurimum his stipulationibus adiici solet. *§. ult. Inst. eod. L. si pœnam, supr. eod.* Actionem porro in id quod stipulatoris interest non fuisse satis ostendit Cajus, cum proponit actoris jus non esse factum deterius ob id, quod reus sua die non stitisset, nihil enim amisit is, cui jus agendi æque est integrum ut ante. Quod si nihil amisit, nihil ejus interest: cum definiatur id quod interest, id quod mihi abest, quodque lucrari potui. *L. si commissa. infr. rem rat. hab.* Unde intelligi necesse est, quoniam hic aliqua fuit actio adversus reum, qui judicio non stitit, eam ad pœnam commissam competiisse. An ergo pœna hic semel commissa evitari potest, quia prætoria stipulatio est judicio sisti; *L. 1. in pr. infr. de præt. stip.* prætoriæ autem stipulationes ut legem accipiunt de mente Prætoris; sic ex mente ejus benignus interpretandæ sunt? *L. in conventionalibus, supr. eod.* Nam et hoc quibusdam placet: Sed dicitur, ut mihi videtur, parum apposite. Agitur

enim non de stipulatione judicio sisti; sed de stipulatione pœnæ, quam conventionalem esse constat, et tum committi, cum conditio ejus extiterit. Id autem fit, cum reus sua die non stitit. Quod si fatemur hanc ipsam stipulationem pœnæ esse prætoriam: attamen cum dies sistendi adiectus esset, negari non posset, quin eo die præterito stipulatio ex conventione esset commissa, ut in ea re et conventione tam aperta non sit interpretationi locus; præsertim cum in hoc genere stipulationem non minus, quam in cæteris consilium detur, ut nobis caveamus certæ pœnæ stipulatione adversus incertitudinem ejus, quod interest. *L. ult. infr. de præt. stip.* Id quod si faeimus, non minus ex ea stipulatione nobis consultum esse debet. Alioqui frustra nobis caverimus. Quid restat igitur, nisi ut id sequamur, quod jam olim de hoc loco scripsi in *Commentario de mora circa finem*, ubi et de purgatione moræ eadem prope disserui, quæ supra? quod et nunc mihi videtur verissimum: nunquam scilicet pœnam evitare licere id offerendo, quod prius præstari debuit, nisi actum id intelligatur, ut liceret. Id vero in superiore caussa tacite actum videri, cum actor, qui certo die judicio reum sisti stipulatus est, idem nisi stitisset, stipulatur pœnam. Id enim agit, ut reus se judicio sistat: atque hac gratia pœnam stipulatur, non utique propter factum ipsum, quasi velit reum in judicium venire nullius alterius rei causa, quam ut illic conspiciatur; sed quia ejus interest eo die cum illo agere; ac nisi interesset, non est hoc animo, ut velit ullam obligationem interponi. Finge ergo nihil ejus interesse reum eo die sisti, quia etsi non stiterit, non sit factum jus actoris deterius. Pœna quidem secundum verba committetur, si reus sua die in jus non venerit: sed ex sententia contrahentium, et eo quod tacite agitur, pœnam peti iniquum est, si post aliquot dies reus secum experiundi potestatem faciat sine ullo damno petitoris. Quapropter doli exceptio reo dabitur, non dissimiliter atque fieri diximus in specie *L. 3. supra eod.* An etiam huic parti quidquam adversetur *L. si ita quis*, 135. §. *Seja, infra*, ibi dicemus. Hæc de pœnæ stipulatione. Dubitatum est etiam, num et post litem contestatam liceret et quandoque purgare moram, et id quod interest, evitare id offerendo, quod prius offerri poterat. Quod quidem, certis locis significari videtur; præcipue, 13 tribus; de quibus breviter consideremus. † Primus locus est *L. 3. §. ult. et L. 4. infra, jud. sol.* in cujus specie reo, qui judicatum solvi satisdederat, cupiam sui non faciente, neque defenso, actum erat cum fidejussore ob rem non defensam. Placet nihilominus adhuc licere reo quamvis post litem cum fidejussore suo contestatam suscipere rei defensionem, de qua suscipienda satisdando caverat: non solum ut non præstet id quod interest actoris, quod in judicium prius cum fidejussore institutum deductum erat sed etiam ut fidejussorem ipsum ejus præstatione liberet. Dicendum est nihil hic offerri post litem contestatam, cujus quidem litis ratio haberi debeat: defensionem enim offert reus: sed offert ante litem secum contestatam. Nec ad rem pertinet, quod erat contestata cum ejus fidejussore: hoc enim inter alios actum est; quod in ejus causa debet ita haberi, quasi omnino actum non esset, ne res inter alios acta alii noceat. *C. res inter, al. ac.* At enim liberatur fidejussor ea defensione obligatione judicati, et quidem post litem cum illo contestatam. Non fit hoc, quia moram hic purget aut ipse, qui nihil offert, aut reus pro eo, cum reus suo nomine defensionem suscipiat, non alieno; sed accessionis natura necessario hoc evenit, ut ab obligatione ejus quod interest, liberato reo, una etiam liberentur et accessiones, ut fidejussores. *L. in omnibus speciebus, infra, de sol.* † Alter locus est *L. fidejussor, supr. de dolo mal. exc.* Fidejussor 14 ab emptore ob evictionem datus mora venditori proprietatis lite conventus, ut eum judicio defenderet, tandem prædio evicto evictionis nomine condemnatus est: condemnatus offert venditori prædium, quod evictum est, et omnia quæ judicio empti continentur, ut fructus, ut sumptus litis, ut cautionem duplæ ob evictionem. Quæritur, an sit audiendus. Scævola ait eum adversus venditorem agentem ex causa judicati exceptione doli defendi posse; sic tamen ut Judex æstimet, at pro damnis emptori satisfiat. Quidquid hic dixerimus, revera hic offertur aliod, quam quod re judicata continetur, si substantiam et speciem rerum spectamus. Intelligendum est enim, cum prædium evictum aute rem judicatam non præstatur, condemnationem fuisse adversus fidejussorem in id, quod interest. *L. 1. L. ex empto, §. idem ait. §. idem Neratius ait venditorem, supr. de act. em. L. si quis ab alio, in fi. supr. de re jud.* Et quoniam Judex certam condemnationem facere debet, etiam si de incerta quantitate apud eum actum sit: §. *curare, Inst. de act.* licet hoc quoque intelligere Judicem in hac causa æstimavisse prius, quanti interesset actoris, ac certa summa comprehensa, li-

dejussorem in tantum pecuniam condemnasse, *d. L. si quis ab alio in fin.* in pecuniam, inquam, non in prædium, aut res alias. Quo fit, ut si fidejussor postea prædium offerat, et cautionem, et alia corpora, quam pecuniam numeratam, is aliud offerat, quam quod ex caussa judicati debuit. Quod et agnoscit in proposito Scævola, faleturque summo jure nihil eorum offerri posse ad evitandam summæ ex caussa judicati debitæ præstationem. Cum enim dicit exceptionem a fidejussore ista offerente opponi posse, satis declarat eum judicati actione ad alias res ipso jure teneri: quia non sit exceptio nisi adversus actionem contrariam ipso jure constitutum. *Inst. de exc. in pr. et* §. 1. Et sane hoc efficit regula juris, ut aliud pro alio invito creditore solvi non possit. *L.* 2. §. 1. *supr. si cert. pet.* Sed tamen placet Scævolæ, si hæc offerat fidejussor quamvis condemnatus, eum per exceptionem liberari. An non ergo id jam superioribus contrarium est? minime: non utique quia fidejussor moram prius non fecit; satis est, si dicatur eum litem contestando obligasse se in id, in quod condemnabitur sententia judicis; prius enim negavimus posse quemquam actionem creditori semel quæsitam invito auferre. Sed res sic habet; subtilitate verborum aliud offertur; re ipsa offertur id, quod judex et actor senserunt. Quippe id sententia comprehensum est rerum æstimatio. Is ex sententia Judicis et actoris præstet æstimationem, qui præstat rem ipsam cujus nomine illa æstimatio in condemnationem venerat, et multo etiam plus. Id enim præcipue agebatur ab emptore, ut præstaretur res empta; nec ob aliam caussam ad æstimationem ventum est, quam quod res non præstatur, et ut ea cedat in locum rei emptæ: quæ si præstaretur, supervacua esset omnis rei æstimatio. Quare dum alia damna æstimentur a Judice, et pro his satisfiat actori, ut vult Scævola abunde illi omnibus rebus etiam ex sententia Judicis satisfactum

15 intelligitur. † Tertius locus est, qui perspicue videatur admittere purgationem moræ et alterius rei obligationem etiam post litem contestatam. *L. hoc edicto, supr. de pub.* Hoc edicto, inquit Cajus, (loquitur de edicto, quo actio in duplum adversus publicanum datur, si res adempta restituta non erit, quod exstat in *L.* 1. *cod. tit. de pub.*) *hoc*, inquam, *edicto efficitur*, ait, *ut ante acceptum quidem judicium restituta re actio evanescat: post acceptum vero judicium nihilominus pœna duret: sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum judicium restituere paratus est.* Si post acceptum judicium dupli pœna durat, perspicuum est ideo durare, quia prius in judicium venerit litis contestatione, ac de ea contracta sit judicati obligatio, ut contraheretur obligatio ejus, quod interest in faciendi obligationibus; et tamen vult Cajus post acceptum judicium aliud offerentem reum liberari, non solum contra *L. si insulam, supr. eod.* sed etiam contra manifestam æquitatem, qua efficitur actionem semel actori quæsitam auferri non posse, et in summa adversus ea omnia, quæ ad hanc obligationem post litem contestatam repudiandam supra diximus. Si adjecto efficeretur, ut res adempta etiam post judicium acceptum posset restitui, atque hac conditione actio daretur, quæstio esset sublata; sic enim constaret pœnam dupli non simpliciter deduci in judicium, sed peti hac conditione, si res restituta non erit: atque hoc modo recte diceretur rei ademptæ oblatione non adimi actori actionem judicati prius quæsitam, quia hæc prius absolute quæsita non esset. Diceretur etiam recte hic aliud non offerri, quam reus debeat, quia adictum faceret hujus rei offerendæ potestatem. Sed prima fronte non modo non videntur huic sententiæ suffragari edicti verba, verum etiam videntur ultro eam repudiare. Prætor enim nihil amplius pollicetur, quam se actionem in duplum daturum, si res adempta restituta non erit. *L.* 1. *supr. de pub.* quibus verbis aperte pollicetur actionem dupli, si tunc, cum actionem dabit, restituta res non erit, non si restituetur postea. Ne qua autem hic esset dubitatio, quin eo edicto non liceret post judicium acceptum pœnam evitare, id Cajus evidenter confirmasse videtur superioribus illis verbis, quæ retulimus. Diserte enim ait edicto effici, ut re restituta actio evanescat; sed ita, si restituatur ante acceptum judicium. Post acceptum vero judicium nihilominus pœnam durare, idest, pœnæ actionem; nampe ex edicto, ut proposuerat. Sed puto verissime dici edicto hoc effici, ut liceat etiam post acceptum judicium rem ademptam restituendo pœnam evitare. Hæc enim verba edicti, *si ademptum restitutum non erit*, sic accipienda esse, si arbitrio Judicis restitutum non erit: ut efficiatur id, quod Bartolus ad dissolutionem hujus loci scripsit ad *L. si insulam, supra*, actionem dupli adversus publicanos constitutam esse arbitrariam. Et si quidem hæc verba adiecta essent, *arbitrio Judicis* nulla esset dubitatio: nam et actio quod metus caussa datur in quadruplum ob rem metu ablatam: quia tamen datur hac conditione.

si ea res arbitrio Judicis non restituetur, ut indicatur in *L. item si cum. §. pro eo autem, supra, quod met. caus.* inde intelligitur esse arbitrariam, idest, ita dari, ut reus potestatem habeat usque ad sententiam ab arbitrio datam rem extortam restituere: tum autem quadrupli condemnationem patiatur, cum restituere jussus non restituerit, *d. L. item si, §. hæc autem.* Nunc autem in edicto de publicanis, solum hæc verba sunt, *si restitutum non erit;* hæc non adduntur, arbitrio Judicis. Sed nihilominus et hæc intelligenda sunt: idque ex usu et Prætorum in actionibus proponendis cognosci potest. Cum enim actionem præcise esse volunt in duplum, triplum aut quadruplum ob beneficium, statim ab initio dupli, tripli, quadrupli actio ab illis proponitur sine ulla conditione, sive ademptum restituetur postea sive non restituetur; ut fit in actione furti manifesti, et nec manifesti, item vi bonorum raptorum. Cum autem actionem in pœnam ita proponunt, ut addant conditionem, si res restituta non erit, arbitrariam faciunt; id est, ita proponunt, ut velint non aliter reum condemnari, quam si nunquam ante sententiam restituerit: ut fit in actione quod metus causa.: quod declaratur in §. *item actio, Instit. de act.* Etsi igitur alicubi hæc conditio simpliciter erit expressa, si ademptum restitutum non erit, neque erit additum, arbitrio Judicis; tamen hoc ipso quod conditio hæc addita erit, actionem esse arbitrariam ex consuetudine Prætorum interpretari debemus. Quid ergo sibi vult, quod in *dict. L. hoc edicto, de publica.* dicitur in hac actione post judicium acceptum pœnam nihilominus durare? Id ipsum, quod supra ostendimus, ut verba scripta sunt, pœnam durare post judicium semel acceptum ita, ut evitari nulla alterius rei oblatione possit: ex mente autem et sententia Prætoris condemnationem ita deberi accipi, si res non erit restituta arbitrio Judicis: secundum quam conditionem eveniet, quod Cajus subiicit, ut absolvendus sit reus, etiam qui post acceptum judicium restituere paratus est. Hoc autem cum fiet, nihil fiet, in eo, præter obligationem judicio contractam, ne quis dicat hic moram adversus eam obligationem purgari: nec satisfiat in eo actori aliter, quam officio Judicis: quod cum iis quæ supra de oblatione rei debitæ post litem contestatam recipienda docuimus, optime convenit.

Ad §. *Nunc videamus.*

Nunc videamus in quibus personis hæc constitutio locum habeat, quæ inspectio duplex est: ut primo quæramus quæ personæ efficiat perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones (autem) an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet. Quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat? Cujus sententia vera est.

Itaque perpetuatur obligatio tam in ipsorum quam successorum suorum persona. Accessionibus quoque suis, idest fidejussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam caussam spoponderunt.

An filiusfamilias qui jussu patris promisit occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat: scilicet quasi accessorem intelligens eum qui jubeat.

SUMMARIUM.

1. *Quorum culpa quibus perpetuet obligationem.*

1. Hic et *sequenti* §. tractat, quorum culpa quibus perpetuet obligationem, quod significat, quorum culpa quibus noceat, efficiatque, ut hi quibus nocet, perpetuo teneantur. Locus a me expositus est ad *L. cum filiusfa. supr. cod.*

Ad §. *Effectus hujus.*

Effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit. Sed et acceptum ei posse ferri creditur, et fidejussorem accipi ejus obligationis nomine.

Novari autem an possit hæc obligatio, dubitationis est: quia neque hominem qui non est, neque pecuniam quæ non debetur, stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Juliano placet.

SUMMARIUM.

1. *Perpetuationis effectus.*

1 Hoc constituto culpam debitoris perpetuare obligationem, idest, efficere, ut perinde teneantur debitor culpa admissa, quasi semper res extaret: consequens esse apparet, ut quæcunque locum habent, cum exstat vero res promissa, eadem et tunc locum habeant omnia, cum aut debitor fecit, quominus res dari posset, aut post ejus moram res periit: quem effectum esse dicit Paulus superioris constitutionis. Si res extaret, peti posset: ergo et post culpam debitoris si perierit, peti adhuc poterit, inquit. Non quod corpore rei sublato non debeatur jam æstimatio, ac non debeat ipsa peti, et condici: nam quomodo deberetur, aut præstaretur ipsum corpus, quod non est? *L. in re, supr. de cond. furt.* sed quia cum æstimatio petitur aut præstatur, ipsa res debita videtur peti et præstari: cum æstimatio pro ea re præstetur subsidio. Item si res exstaret, posset accepto ferri. §. *item per acceptilationem, Instit. quib. mod. tollitur oblig.* ergo et post culpam perempta accepto ferri poterit. Eadem si exstaret, ejus rei nomine recte fidejussores intervenirent, qui alioqui sine obligatione principali, cui accedant, obligari non possunt. §. *fidejussores, Instit. de fid.* Proinde et re post culpam amissa, fidejussor recte dabitur ejus obligationis nomine. Postremo re extante liceret creditori eam rem iterum stipulari a debitore, aut quovis alio novandi animo, ut prior obligatio tolleretur, et contraheretur nova, L. 1. *infr. de novat.* Quare et si post culpam perierit, licebit creditori idem facere; tametsi dici soleat rem quæ non est, in stipulatum deduci non posse. Qua de re dictum est ad *L. inter, §. pen. supr. eod.*

Ad L. *Si ita stipuler.* 92.

De hac specie dictum est ad *L. stipulatio ista, §. si quis ita, supr. eod.*

Ad L. *Si sic stipulatur fuero.* 93.

Idem *lib. III.* ad Vitellium.

Si sic stipulatur fuero: *per te non fieri quominus hominem ex his quos habes, sumam?* electio mea erit.

SUMMARIA.

1. *Stipulator potestatem sumendi rem unam ex pluribus sibi excipiens, electionem sibi excipit.*
2. *Sumere quid.*

1 Qui potestatem sumendi rem unam ex pluribus stipulando sibi excipit, is verbi ipsis significatione sine ulla ambiguitate electionem sibi excipit: ut non sit mirum, si in conventione aperta ejus electionem esse dicamus. *L. ubi*, §. *qui illud*, *supr. eod.*
2 † Nam sumere non est ablatum ab alio capere, sed pro arbitrio deligere et sumere id, quod libet, ut hi loci ostendunt. Terent. in *Phormione*:

. . . . *cœna dubia opponitur*
Quid istuc verbi est? Ph. *Ubi tu dubites quid sumas potissimum.*

Sumite materiam vestris, qui scribitis æquam.

Viribus . . . .
idest, deligite.

Horat. *in arte*.

Ad L. *Triticum.* 94.

Marcellus *lib. III.* Digestorum.

Triticum dari oportere stipulatus est aliquis. Facti quæstio est, non juris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, idest certi generis, certæ quantitatis: id habebitur pro expresso: alioquin si cum destinare genus et modum vellet, non fecit: nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio rei, quæ quantitate constat, non adjecta certa quantitate, quatenus inutilis.*
2. *Stipulatio tritici infinite in stipulatum deduci an valeat.*
3. *Verba IC.* Si de tritico cogitaverit, *quomodo accipienda.*
4. *Antinomia* L. Quidquid, infr. eod. *discussa.*
5. *In stipulatione tritici non necesse est, qualitatem exprimi.*

1 Rem, quæ quantitate constat, ut triticum, non adjecta certa quantitate inutiliter stipulari nos tradita in *L. ita stipulatus, infr.* Id Marcellus hoc loco docet sic accipiendum esse, nisi stipulator de certa quantitate cogitaverit: nam si cogitaverit de aliquo tritico, idest, certi generis, et certæ quantitatis, u-
2 trumque ait habendum pro expresso. † Ex quo bene idem Marcellus, cum quæritur, an tritici infinite in stipulatum deduci stipulatio valeat, quæstionem esse dicit facti, non juris: posteaquam de ea nihil in universum et semel definiri potest; sed jus ex facto pendet, et pro varietate circumstantiarum facti variatur, ut proinde necesse sit prius quæri, quid factum sit: has enim quæstio-

nes facti, illas juris vocamus. *L. mora, supr. de usur.* † Quod ait, si stipulator *de aliquo tritico cogitaverit*, sic interpretandum est, si cogitaverit utiliter, idest, ita ut et exprimeret, et præterea promissor in idem consentiret. Nam de certo si cogitavit, sed quod exprimeretur postea in stipulatione, neque id fecit, nihil egit: idque est, quod Marcellus subjicit, *si cum destinari genus et modum vellet, non fecit, nihil eum stipulatum videri*: et certe non potest probare se de eo cogitasse, quod non expressit. Sed nec quidquam prodest illum de certo tritico cogitasse, idque etiam dixisse, nisi promissor in eandem rem consenserit: non enim perficitur stipulatio sine consensu, *L. inter.* §. 1. *supr. eod.* ut appareat his verbis, *si stipulator de aliquo tritico cogitaverit*, hoc significari, si de certo tritico inter contrahentes actum sit. At quomodo intelligemus actum esse, si neque quantitas neque genus, idest, qualitas stipulatione exprimatur? Ex conventione, quæ præcesserit de certo tritico dando, cujus deinde firmandæ caussa stipulatio secuta sit: receptum est enim, ut quæ in præfationibus concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita credantur. *L. Titia.* §. 2. *infr. eod.*

4 † Hoc loco opponitur *L. quidquid, infr. eod.* in qua scriptum est omissum intelligendum esse in stipulatione, quidquid palam verbis non exprimatur. Sed non adjicitur, verbis stipulationis. Fatendum est igitur verbis oportere exprimi, quidquid stipulatione valere volumus: sed quæritur, quibus verbis: utrum stipulationis, an conventionis præcedentis, ad quam stipulatio referatur. De quo quia nihil adjicitur in d. *L. quidquid*, ex hoc loco sumendum est: quo judicatur satis esse, si conventionis præcedentis verbis exprimantur. † Illud dubitationem afferre potest hoc loco, quod Paulus in stipulatione tritici conjungit hæc duo, *certi generis et certæ quantitatis*: quod sic potest accipi quasi ad vim stipulationis de tritico necesse sit agi de certo genere tritici, idest, de certa qualitate, non aliter quam de certa quantitate agi necesse est. Sed hoc non ita est. Quantitatem necesse est adjici, *d. L. ita stipulatus, infr.* Qualitas impune omittitur. *L. ubi, supr. eod.* Neque hoc mutatur hoc loco Paulus ait initio pro expresso habendum esse quod de his cogitatum est. Nihil hinc aliud colligitur, nisi si quid ex his cogitatum non sit, pro expresso habendum non esse: quod non significat hoc aut illud ad vim stipulationis exprimendum aut cogitandum esse. Deinde ait, nihil stipulatum videri eum, qui cum designare (sic enim legendum esse apparet) genus, idest, qualitatem, et modum, idest, quantitatem vellet, non fecit. Nempe eum negat stipulatum, qui conjunctim hæc duo omiserit, et quidem tum, cum ea designare vellet. Hinc non colligitur si quis horum alterum voluerit designare, neque designarit, propterea inutilem esse stipulationem. 5

Ad L. *Qui insulam.* 95.

Vide *L. ita stipulatus.* 115. *in pr. infr. eod.*

Ad L. *Qui servum.* 96.

Temperamentum est ejus sententiæ, quæ traditur in *L. si ex legati,* 23. *et L. si servum, in prin. supr. eod.* de quo utroque in loco diximus.

Ad L. *Si ita stipulatus.* 97.

Celsus *lib. XXVI.* Digestorum.

Si ita stipulatus fuero, *te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?* proinde erit atque te sisti solummodo stipulatus essem.

SUMMARIA.

1. *Dubitatio hujus loci unde nascatur.*
2. *In specie hac, Te sisti et nisi stiteris, hippocentaurum dari, cur stipulatio prior utilis, posterior inutilis.*
3. *Stipulatio posterior pœnalis, quando proficiat ad novationem præcedentis obligationis.*

1 Scriptum est in *L. obligationum fere, §. ult. supr. prox. titu.* si quid fieri stipulatus sim, et si non feceris, pœnam; exsistente pœnalis stipulationis conditione transire priorem in posteriorem, et quasi novationem prioris fieri, ut jam nihil debeatur, nisi pœna. Hinc dubitatio hujus loci, videaturne hic ulla stipulatio esse utilis, cum ita stipulatus sum te sisti, et nisi stiteris, hippocentaurum dari: Nam posteriorem plane inutilem esse constat, ut stipulationem ejus rei, quæ natura dari non possit. *Inst. de inut. stip. in pr. L. si stipulator, supr. eod.* Prior per se valere poterat: sed cum in faciendo sit, et dixerimus pœnali stipulatione subjecta priorem tolli, translatam in posteriorem, videri potuit et hæc ipsa novationis jure inutilis esse constituta. Sed *perinde erit,* inquit Celsus, *atque si te sisti solummodo*
2 *stipulatus essem.* † Quo significatur priorem hanc saltem utilem futuram. Quod expressum est in *L. si ita stipulatus,* 126. *§. ult. infr. eod.* An quod pœnalis stipulatio accessio est prioris, nec accessio infirmare potest principalem obligationem? Si pœnalis stipulatio prioris accessio esset, non novaret priorem, sed confirmaret magis. *L. 4. §. si ex conventione, supr. de re jud.* Non dubium est, quin hæc caussa sit, quod cum in posteriore quamvis principali nihil sit, cur priorem tollat, necesse sit priorem, quæ initio fuit utilis, etiam nunc manere: atqui in hac posteriore nihil est. Atenim pœnalis stipulatio trasfert in se priorem faciendi
obligationem, cui subjecta est. † Hoc ita 3
accipiendum est, si in pœnalem stipulationem deducatur id, quod dari potest, ut natura sua sit utilis stipulatio. Quod si id deducetur, quod promittenti impossibile sit, posterior ipsa inutilis ad novationem præcedentis obligationis proficere non potest. *L. 1. supr. de novat.* ad quod demonstrandum hæc species pertinet: idque ita interpretatur Paulus in *d. L. si ita.* 126. *§. ult. infr.*

Ad §. *Possum utiliter.*

Possum utiliter a te ita stipulari: *Titii nomine te soluturum ?* neque enim hoc simile est illi, *Titium daturum ?* sed ex ea stipulatione dum interest mea agere possum: et ideo si locuples sit Titius, nihil ex hac stipulatione consequi possim. Quid enim mea interest id a te fieri, quod si non feceris æquæ salvam pecuniam habiturus sum?

SUMMARIA.

1. *Stipulatio*, Nomine Titii, te soluturum, *valet.*
2. *Ex Stipulatione hac promissor quatenus teneatur.*
3. *Stipulatio superior faciendi est, non dandi.*
4. *Stipulatio hæc diversa a fidejussione.*
5. *In faciendi obligationibus promissor ad faciendam si facere potest, præcise non tenetur.*

1 Promisisti te mihi nomine Titii soluturum.
Perspicuum est hic te factum tuum promisisse, non alienum: eoque nihil dubii esse
potest, quin stipulatio valeat: *L. stipulatio*
2 *ista, L. inter, supr.* ✝ Sed quatenus tenearis
quæratur. In quo singulare responsum Celsi
animadvertendum est. Nam verbis congruere videbatur, ut cum generaliter promiseris
te soluturum, possim tecum agere, sive Titius solvendo erit, sive non erit, arg. *L. non
est, supr. de trans.* Ille autem respondet hactenus te mihi teneri, quatenus Titius facere non poterit. Et vero optime confirmat
si verum est, quod sumit: docet enim effici
natura stipulationis, seu rei promissæ. Quippe, inquit, *ex ea stipulatione, dum interest
mea, agere possum. Quid autem mea interest
id a te fieri, quod si non feceris, æquo salvam
habiturus sum pecuniam?* Recte, si modo
hoc etiam verum est ex hac stipulatione
agi solum posse, dum mea interest. At hujus rei probatio requiritur, quam ille prætermisit.
3 ✝ Nimirum hoc sentit, et sumit
pro confesso, stipulationem hanc, *Te Titii nomine soluturum spondes?* faciendi stipulationem esse, non dandi. Quo posito consequens
fuit dici ex jure certo venire in stipulationem id, quod stipulatoris interest. *L. si pœnam, supr. L. si quis ab alio, supr. de re jud.*
Est autem verissimum, quod promisisti te
soluturum nomine Titii, in eo te promisisse
facturum, te non daturum. Etsi enim his
verbis promisisti te pecuniam mihi daturum
sine quo liberatio non contingit: *L. si is
cui, infr. de sol.* tamen non id promisisti
simpliciter, sed hoc addito, daturum te liberandi Titii caussa: in quo nihil aliud promittis, nisi te Titium solutione liberaturum.
✝ Non adversatur huic sententiæ, quod jure 4
vetere fidejussorem, cujus nihilominus eadem
obligatio videtur, placuit relicto principali
reo statim conveniri posse. *L. 3. L. 5. C. de
fid.* Bene enim Duarenus non eandem esse
ait obligationem fidejussoris: ut qui alienam
obligationem in se suscipiat tanquam suam:
unde et solvens suo nomine solvere credatur
non alieno. *L. Papinianus, supr. mand.* Obligatur is quidem et nomine alieno, idest, debitoris; nec quidquam prohibet illum ejus
nomine solvere, sed potest simul solvere et
suo, ut docet idem Celsus in *L. indebitam,
supr. de cond. ind.* quod proprium est fidejussoris. ✝ Obiter locus notandus est adver- 5
sus eorum sententiam, qui statuunt in faciendi obligationibus promissorem teneri præcise
ad faciendum, si potest facere. Nam hic
poterat solvere promissor nomine Titii; neque tamen ab eo exigitur, ut solvat, sed liberatur præstando id quod interest: atque adeo
si stipulatoris nihil interest, omnino non
tenetur.

Ad §. *Si tibi nupsero.*

Si tibi nupsero, decem dare spondes? caussa cognita denegandam actionem puto: nec raro probabilis caussa bujusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.

SUMMARIA.

1. *Ut donatio inter conjuges, sic conjugum stipulationes donationis caussa jure sunt prohibitae.*
2. *Stipulatio in nuptiarum tempus collata, an utilis.*
3. *Stipulationis caussam probandi onus ubi incumbat.*

1 Donationem inter virum et uxorem interdictam esse constat. *L.* 1. 2. 3. *supr. de donat. int. vir. et ux.* Ea propter nec maritus ab uxore, nec uxor a marito quidquam stipulari potest donationis caussa, quia ex hac caussa lex dari vetet. *L.* 3. §. *sciendum supr. eod. de donat. int. vir. et ux. L. si stipulor. supr. eod.* Jam vero nihil interest, utrum uxor stipuletur a marito donationis caussa an vero quae uxor non est, stipuletur ab extraneo: sed in eum casum, eum ejus uxor esse coeperit. *L.* 4. *C. de don. prop. nupt.* † 2 Hinc quaesitum, si alteri nuptura stipuletur ab eo sibi decem dari, si illi nupserit, an ex stipulatione actio danda sit, necne: quia stipulatio donationis speciem habeat. Celsus ait denegandum actionem, sed caussa cognita, quia saepe probabilis sit caussa ejus stipulationis. Significat caussam stipulandi esse spectandam: ut illa erit, ita et stipulationem futuram, si donationis caussa mulier stipulata est, stipulatio non valebit, ut diximus. Si ex alia caussa, veluti emptionis, permutationis, legati: quoniam nihil caeterarum rerum interdictum est inter virum et uxorem, ideo et stipulatio erit utilis. † 3 Sed tamen et hoc quoque Judici cognoscendum erit, an non ex alia caussa interposita sit stipulatio. Non enim si uxor dicet se stipulatam ex alia caussa, fides ei habebitur, sed secundum regulam juris, quod dicit, probare debet, *L.* 2. *supr. de probat.* Plus dicimus, etsi alia caussa stipulandi nominatim perscripta erit in instrumento; tamen si maritus falsam esse dicet, hujus rei probatio ab uxore exigetur, ut veram esse doceat. Ut enim in re simili respondit Scaevola, videtur maritus eo, quod uxor capere non poterat donationis caussa, in fraudem legis aliam caussam adjecisse. *L. qui testamentum; supr. de prob.* Eadem probanda sunt, si is, qui maritus non erat, stipulatus sit a muliere, si illam uxorem duxisset.

Ad L. *Existimo.* 98.

Marcellus *lib. XX.* Digestorum.

Existimo posse id quod meum est, sub conditione stipulari: item viam stipulari ad fundum posse, quanquam interim fundus non sint meus, aut si hoc verum est, et alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex fundi dominus sub conditione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio: et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea quae recte constituerunt, resolvi putant cum in eum casum reciderunt a quo non potuissent consistere.

SUMMARIA.

1. *Stipulari rem, quæ nunc dari nobis non potest, in commerciis tamen hominum sit, quatenus possimus.*
2. *Stipulatio rei nostræ sub conditione utilis.*
3. *Viæ ad fundum alienum stipulatio quatenus utilis.*
4. *Marcelli ratiocinatio in hac L. demonstrata.*
5. *Definitio.* Impossibilium nulla obligatio, *an sit perpetua, remissive.*

1 Propositum est Marcello statuere hanc sententiam; si qua res mihi nunc dari non potest, quæ tamen sit in hominum commerciis, etsi eam pure stipulari non possumus, sub conditione tamen stipulari non inutiliter; dummodo conditionis existentis tempore res dari possit. Exemplo sunt res duæ,
2 res nostra, et via ad fundum alienum. † Rem meam pure inutiliter stipulor: sub conditione stipulor utiliter. *L. si rem meam,*
3 *supr. eod.* † Item, viam ad fundum alienum inutiliter stipulor, quia fundo alieno servitus acquiri non potest, *L. si unus, supr. de ser. rust. præ. L. proprium, in fin. L. si quis duas. sup. com. præd.* At sub conditione recte stipulor, ut debeatur mihi servitus, si pendente conditione fundus meus esse cœ-
4 perit. † Non significat autem Marcellus se dubitare de his rebus, cum subjicit, *aut si hoc verum non est;* sed inest potius in his verbis et iis quæ sequuntur, argumentum prioris sententiæ ex vi parium et consequentium; estque hujusmodi. Si hoc verum non est, inquit, idest, si non possum, quod meum est, sub conditione stipulari, aut viam sub conditione ad fundum alienum; consequens erit, si alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex lucrativa caussa meus esse cœperit, confestim perimi stipulationem: consequens erit, si fundi dominus sub conditione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescere stipulationem, quamvis conditione exsistente res iterum stipulantis facta sit. Vult autem intelligi consequens esse falsum: proinde et illud, unde efficitur. Sed quomodo hæc consequentia, si priora vera non sunt? neque enim cur velit esse consequentia, Marcellus aperit. Et recte consequentia esse dicit. Earum enim rerum, quæ stipulationi obstant, par vis est ad impediendam stipulationem, sive ab initio tales sint, sive tales evadant postea: et quæ res ab initio obstant stipulationi, eæ si postea incidant, corrumpunt stipulationem. *L. pro parte, supr. de ser.* ac si quæ non corrumpunt postea eæ nec ab initio vitiant stipulationem. Itaque si rem meam pendente conditione stipulari ab initio non possum, perimetur et tunc ex eventu stipulatio, cum rem alienam sub conditione stipulatus sum, si pendente conditione res mea facta sit. Similiter et si viam ad fundum alienum sub conditione stipulari non licet: eveniet, ut si ad meum sub conditione sim stipulatus, evanescat stipulatio, si pendente conditione fundus alienatus fuerit. Sentit autem, ut dixi, Marcellus, nihil horum postea incidens corrumpere stipulationem sub conditione contractam, cum ea pendente conditione evenerint. Ex quo efficitur, quod vult, nec ea impedimento esse, quominus ab initio et de iis rebus stipulatio sub conditione recte contrahatur. Nihil hoc argumento certius, si modo id quod vult intelligi, etiam constaret; non corrumpi videlicet stipulationem conditionalem rei alienæ, si pendente conditionem mea esse cœperit; non corrumpi stipulationem conditionem viæ ad fundum meum, si pendente conditione fundus alienatus fuerit. At hoc non minus videtur incertum, quam illud, de quo quæritur, an ab initio rem meam sub conditione stipulari possim, an ab initio viam ad fundum alienum sub conditione stipulari. Quod tamen ille non probat. Nimirum quia, ut apparet, pro certo sumpsit; neque id omnino abs re: cujus probationem ego subjiciam. Cum enim sub conditione quid stipulamur, et ad vim stipulationis quæritur, ex quo tempore æstimanda sit; reperiemus alterutrum tempus statui a veteribus, quod spectari debeat, aut id quo contrahitur, ut in *L. si filiusfamil. supra,* aut id quo conditio existit, ut in *L. si rem meam, supr. eod.* nunquam intermedium tempus. Ut consequens sit veterum sententiæ intermedia tempora non nocere, ut de iis temporibus, quæ in extraneis heredibus spectanda sunt, responsum est. *L. si alienum, §. 1. supra, de her. inst.* Quare si rem alienam stipulatus sim sub conditione, dum exsistente conditione res in eadem caussa sit, nihil oberit stipulationi, si medio tempore res mea facta sit, ac deinde alienata prius, quam conditio exsisteret.

idemque dicendum est, si viam ad fundum meum sub conditione stipulatus fuerim, et exsistente conditione idem fundus reperiatur meus. etsi medio tempore alienatus, ac deinde receptus a me fuerit. De stipulatione rei meæ separatim dixi ad *L. si rem meam*, 41. *supr.* Quod ait perimi stipulationem fundi, cum meus esse cœperit: sed ex causa lucrativa, cujusmodi sit, expositum est ad *L. inter* §. *si rem supr.* Quod definit, ea quæ recte constituerunt, resolvi, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere in rebus in obligationem deductis, quæ adhuc data non sunt, de quibus hic agitur, est verissimum. Ratio a me reddita est ad *L. si ex legati, supr.* nam hoc modo eventu fit præstatio impossibilis. † Est autem generalis hæc sententia, et ad omnia tempora pertinens, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infr. de reg. jur.* Sed non esse perpetuam hanc definitionem traditur in *L. pluribus, pen.* §. *ult.* ideo quatenus vera sit, ibi dicetur opportunius.

Ad §. *Ex hac stipulatione.*

Quando ex stipulationibus faciendi agi possit, eadem hic definitio est, quæ in *L. si ita stipulatus*, 14. *supr.* de qua illic diximus.

Ad L. *Quidquid*: 99.

Celsus *lib. XXXVIII.* Digestorum.

Quidquid adstringendæ obligationis est: id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere: nec rursum promissor, ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte, aut hominibus actum.

SUMMARIA.

1. *Cautela pro stipulatore, ejusque omissæ incommoda.*
2. *Ambiguitas stipulationis utri noceat.*

1 Si quis quid certum ex stipulatione consequi velit sine controversia, cavetur hoc loco, primum ut id exprimat verbis; deinde ut palam et aperte, non ambigue; quod nisi fit, denunciantur ei hæc incommoda. Si quid vult. verbis non exprimitur, pro omisso est, ut nec debeatur ex stipulatione. Id quod si de verbis tantum stipulationis intelligitur, interdum falsum est. Ac de quibus verbis accipiendum sit, ostendimus ad *L. triticum, supr.* †

2 Quod si quid expressum erit, sed ambigue, ut jam non an verba adjecta sint, sed de verborum interpretatione in hanc aut illam partem quæratur, ambiguitas stipulatori nocet, ac fere secundum promissorem interpretamur: qua de re dictum est ad *L. si ita*, 12. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus, supr. eod.* Adjecit Celsus *fere*; quia interdum id agitur, ut fiat ex pluribus id, quod stipulatori expedit: nonnunquam aliud accipiendo stipulatio fit inutilis. Quæ cum accidunt; et quod actum est, sequimur, et præterea illud, quod facit, ut stipulatio valeat. *L. eum, qui Calendis, supr. L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur. L. quoties in supr. hic.* alioqui id, quod stipulatori nocet. Cujus sententiæ præter alias, quæ pro reis faciunt, hæc quoque ratio observanda est, quæ hoc loco a Celso redditur, *quia stipulatori*, inquit, *liberum fuit verba late concipere. Late*, idest, non breviter, eoque obscure, sed pluribus, et tam multis, quam multis opus est ad sententiam suam explicandam, ne qua dubitatio relinquatur, ut *late* idem valeat hoc loco, quod plane et aperte. Quod Celsus eo dicit, ut consequens esse intelligatur, si stipulator verba non ita conceperit, et deinde quod in his ambigui est, contra eum interpretemur, nullam in eo illi injuriam fieri, sed ipsum de se queri debere.

Quod si verbo rem unam significante stipulator usus est; sive id speciei certæ nomen erit sive generis, aut universitatis, quidquid verbo continebitur, id ut stipulationis verbis comprehensum recte petetur a stipulatore. Ut, si hereditatem stipulatus erit, si bona, si peculium; quidquid ex hereditate est, quidquid ex bonis, quidquid ex peculio id continebitur stipulatione, et promissor præstare cogendus est. Nec audietur, si dicat se de quibusdam rebus ejus generis aut universitatis non sensisse, cum verba contra eum faciant; a quorum significatione non est recedendum, nisi cum certum est aliud sensisse eos, qui his verbis usi sunt. *L. non aliter. supr. de leg.* 3. *L.* 1. §. *licet, vers. in re igitur, supr. de exer. act.* congruit. *L. non est, supr. de transact.* estque hujus sententiæ appositum exemplum in *L. si mihi et Titio* 110. §. *ult. infr.*

Ad §. *Si stipulatus hoc modo.*

Si stipulatus hoc modo fuero, *Si intra biennium Capitolium non ascenderis, dari?* non nisi præterito biennio recte petam. Nam etsi ambigua verba sunt, sic tamen exaudiuntur, si immutabiliter verum fuit te Capitolium non ascendisse.

SUMMARIUM.

1. *Ex stipulatione hac, Si intra biennium Capitolium non ascenderis, dabis? non nisi præterito biennio recte peti.*

1 Docet exemplo id, quod prius generaliter definierat, ambigua secundum promissorem nos interpretari. Stipulatio est hujusmodi, si intra biennium Capitolium non ascenderis, dabis? hæc verba, si intra biennium Capitolium non ascenderis, ambigua sunt. Possunt enim sic accipi, si quovis biennii die non ascenderis, ut quocunque die non feceris, cum posses, statim stipulatio committatur etiam ante biennium; quamvis secundum naturam fieri adhuc possit, ut intra biennium ascendas, et prius factum mutes. Possunt etiam sic intelligi, si nullo die intra biennium ascenderis, quia etsi aliquo die id non feceris, nondum tamen immutabiliter, ut Celsus loquitur, verum sit de Capitolinm non ascendisse intra biennium. Respondet ergo Celsus in oratione ambigua posteriorem significationem esse accipiendam, ac secundum hanc non nisi præterito biennio recte peti: quia sit videlicet pro promissore. Sic enim sequimur ex pluribus temporibus, quod est longissimum; id quod minus promissorem onerat. *L. si ita.* 14. *supr. L. si ita.* 109. *infr. eod.*

Ad L. *Conditio*. 100.

Modestinus *lib. VIII.* Regularum.

Conditio in præteritum, non tantum in præsens tempus relata, statim aut perimit obligationem, aut omnino non differt.

S U M M A R I A.

1. *Conditio vera est, quæ in futurum confertur.*
2. *Conditiones in præsens aut præteritum collatæ, figura orationis conditiones sunt, re ipsa non sunt.*

1 Quod dicitur sub conditione stipulationem fieri, cum in aliquem casum differtur obligatio. §. *sub conditione. Instit. eod.* de vera conditione dictum est. Ea est, quæ confertur in futurum: ut, si Titius Consul factus
2 fuerit, si decem dederit. † Non sunt hujus generis, quæ in præsens, aut præteritum conferuntur, veluti, si Titius Consul fuit, aut si Mævius vivit: hæ rem non differunt, ut hic declaratur, et in §. *conditiones, Inst. eod.* item in *L. cum ab. supr. si cert. pet.* scilicet, quia si falsæ sunt, statim infirmant, et perimunt obligationem: idest, efficiunt statim, ut nulla sit obligatio: re vera enim non perimitur obligatio, quæ nulla unquam fuit. Si veræ sunt, omnino rem non differunt, etiam si conditionem extitisse apud nos incertum sit, ut adiicitur in *d. L. conditiones.* Conceptione ergo et figura orationis conditiones sunt, unde ita nominantur; re ipsa non sunt. *L. si ita.* 120. *infr. eod. L. itaque, supr. si cert. pet.* Ideo quod jus de conditionibus constitutum est, ad has non pertinet. Scripsi plura de hoc genere ad *L. cum ad præsens, supr. si cert. pet.*

Ad L. *Puberes.* 101.

Idem *lib. IV.* de Præscriptionibus.

Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

S U M M A R I A.

1. *Puberes Curatorem non habentes contrahendo obligantur.*
2. *Puberes, qui Curatorem habent, an sine Curatore, obligari possint. et* n. 7.
3. *Responsum Modestini de puberibus Curatorem habentibus accipiendum.*
4. L. 3. C. de in int. rest. min. *explicata.*
5. *Verba hæc,* Sine Curatoribus suis, *cum subiecto* Puberes, *in hac L. non esse coniungenda.*
6. *Curatores puberum duobus modis dicuntur.*

1 Quibus puberibus curator non est (ut inviti adolescentes curatores non accipiunt. §. *item inviti, Inst. de cur.*) eos et sine curatoris auctoritate contrahendo obligari posse inter omnes convenit. Declaratur id in *L.* 3. *in fin. C. de in int. rest. min.* cum his si contraxerint, datur restitutio in integrum. Neque enim daretur, si ipso jure tuti essent: quod fieret, si omnino non obligarentur. *L. in caussæ.* 2. *supr. de min.* Quod et ipsum non minus hic locus confirmat, cum ita dicitur, *puberes*, sine curatoribus suis obligari posse. Sive enim hic puberes intelligi placet, qui curatorem non habent, id exprimitur, quod diximus: sive eos puberes qui habent curatorem, semper hoc efficietur, si hi etiam sine curatoribus suis obligari possunt, multo magis eos obligari posse, qui

ideo sine curatoribus contraxerunt, quia nullum haberent: de his igitur, ut dixi, con-
2 venit. † Sed an et qui curatorem habent puberes, sine curatore obligari possint, quæritur. Si esset hic unus locus, ex quo rem decidi oporteret, non ambigeremus,
3 sed statim responderemus posse. † Nam his verbis, *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*, quæ hujus loci definitio est, si significationem verborum sequimur, non possumus alios puberes accipere, quam qui habent curatorem. Neque enim dici possunt obligari sine curatoribus suis ii, qui curatores suos nullos habent. Nec puberum curatores recte dixeris, qui puberibus dati non sunt, ut eos sibi haberent puberes. Nunc autem ne continuo assentiamur huic sententiæ, de eadem re scriptum videtur ex professo in contrariam sententiam in dicta *L. 3. in princ. Cod. de*
4 *in integ. restitut. minor.* † Statuitur enim nominatim illic distinctio, qua in contractu distinguitur minor pubes curatorem habens ab eo, qui sine curatore constitutus contraxit: et cum in prioris persona dixissent Imperatores contractum non oportere servari; posteriori hoc tribuunt, ut possit impetrare in integrum restitutionem. Qua parte aperte declaratur sic in priore pubere curatorem habente (1) contractum non servari, ut jure non servetur, idest, non obligetur minor, nec sit opus restitutione: alioqui nihil differret prior a posteriore. Sed et cur placeat in prioris persona contractum non esse servandum, hæc ratio illic subiicitur, quod non absimilis habeatur minor curatorem habens ei, cui a Prætore curatore dato bonis interdictum est. Quod certius ostendit minorem qui curatorem habeat, sine curatore non obligari. Nam prodigum, cui comparatur, sine curatoris auctoritate contrahentem nullo modo obligari constat. *L. is, cui bonis. supr. cod.* Quæ cum sit ex dissensione harum locorum in sententia hujus loci incertitudo, videndum est, huncne locum ex illo, an illum ex hoc interpretari debeamus. Et si quam dubitationem haberet. *d. L.* 3. ut in aliam sententiam trahi posset, quam diximus, putarem proprietati et significationi verborum hujus loci standum esse: ut sive minor curatorem non haberet, sive etiam haberet, probaremus eum semper sine curatore obligari posse. Sed si sententia illic certa est, non obligari sine curatore eum puberem, qui curatorem habeat, aut statuendum est locos esse hos contrarios, quod Justinianus fieri vetat: *L. 2. §. contrarium. D. de vet. jur. enu.* aut faciendum, quod, in horum locorum conciliatione faciendum esse communi sententia receptum est, ut hic locus cedat alteri, et secundum illius sententiam hunc de iis puberibus, qui curatores non habeant, interpretemur: quam recte aut commode, videbimus paulo post. Nunc ne frustra laboremus, ante statuendum arbitror non posse dictam *L.* 3. aliter accipi, quam ut intelligatur puberem, qui curatorem habeat, sine curatore non obligari: sunt enim qui dissentientes ab aliis id confidenter negent, in eoque contendant pessime hunc locum acceptum esset ab interpretibus. Sed jam ostendi illa verba; *si minor curatorem habens res sine curatore vendidisti, contractum servari non oportet*, manifestum esse, non aliud illic significare posse, quam contractum non valere ipso jure; non autem per in integrum restitutionem posse postea rescindi. Nam si restitutionis beneficio fieret, ne contractus servaretur, primum non recte distingueretur is, qui curatorem habet ab eo qui non habet, cum ei qui non habet etiam detur in integrum restitutio *ead. L.* Deinde non recte minor curatorem habens compararetur in hac venditione prodigo, cum constet prodigi contractum sine curatore quem habet, ipso jure non valere, dicta *L. is cui bonis, supr.* Si contractus minoris curatorem habentis jure non valet, plus quam certum est eum ex inutili contractu non obligari. non enim ob aliam caussam contractus habetur inutilis, quam quod jus inde obligationem nasci vetat. *L. non dubium, C. de legib.* Negant tamen, ut dixi, nonnulli hanc sententiam esse *L. 3. C. de in int. restitut. minor.* at quamobrem? quia de rerum alienatione loquatur, inquiunt, non de obligatione. Sed manifestius refellitur utrumque verbis rescripti, quam ut longa refutatione cujusquam indigeat. Ajunt Imperatores, *si minor res vendidisti*; non dicunt, si ex caussa venditionis tradidisti, et ita alienasti; sed si vendidisti, venditio non est alienatio; traditionibus et usucapionibus non nudis pactis, idest, non ullis conventionibus solis dominia rerum transferuntur, seu res alienantur. *L. traditionibus, C. de pact.* idque in venditionis specie nominatim confirmatur in *L. quoties, C. de rei vind.* Deinde ajunt, *contractum servari non oportet*. hic apertius contra-

(1) Atqui ex his ipsis verbis arguit *Vult. d. loc.* contractum ipso jure tenere, cum servari de eo quod nullum est, non dicantur.

ctus nominatur, non alienatio. Contractus, ut jam dixi, alienatio non est. Sane qui dicunt contractum non esse servandum, iidem vi ipsa statuunt et alienationem ex eo contractu inhiberi: quia nunquam nuda traditio dominium transfert, idest, ea, quam venditio aut justa aliqua caussa non præcedit, propter quam traditio sequeretur. *L. nunquam. supr. de acq. rer. dom.* sed non eo minus superioribus verbis constituunt interdici contractum. Imo vero de hoc dicunt nominatim; de alienatione autem nihil aperte, sed tantum significant, quod ex priore caussa intelligatur per consequentias. Quanquam non video quid proficiamus, etsi quis concesserit in *d. L.* 3. agi de alienatione. Esto, ita scriptum sit, si minor curatorem habens res ex caussa venditionis tradidisti, alienatio nulla est, vel, alienationem jure ipso servari non oportet, ideone quod de alienatione dicitur, ad contractum et obligationem minoris non pertinet? Imo hoc ipso, quod diceretur omnem, qui curatorem habeat, non posse res alienare sine curatore, confirmaretur nec eum sine curatore obligari posse: ideirco enim alienare non potest, quia non potest deteriorem conditionem suam facere sine curatoris auctoritate: quæ ratio pariter in eo, qui se obligat, locum habet. *arg. tit. Inst. de auct. tut. in princ.* Sed et ratio, qua Imperatores in *d. L.* 3. utuntur, satis probat, quod de una specie dicitur, id pertinere ad alteram. Voluit enim ideo minoris contractum non esse servandum, quia minor, qui curatorem habet: non sit absimilis prodigo. Si hac de caussa sine curatore alienare non potest: hac eadem de caussa sine curatore obligari non poterit: quia prodigus ut non potest sine curatore alienare, sic nec obligari. *d. L. is cui bonis. supr. eod.* Dubitari igitur non debet, quin in *d. L.* 3. *in pr.* statuatur hæc sententia, minorem si curatorem habeat, sine curatoris sui auctoritate obligari non posse. Ita fit, quod proposui, non ut propter hunc locum superior sententia quæ certa est mutari debeat; sed ut ea constituta debeat hic locus, si fieri potest, ad illam sententiam revocari: quod et ab interpretibus factum est. Quid ergo, potesne verbis hujus loci aptari ea interpretatio qua fiat, ne hic locus superiori sententiæ adversetur? ‡ Equidem fateor non probare me, quod ad eam rem vulgo dicitur, 5
hæc (2) verba, *sine curatoribus suis*, conjungenda esse cum subjecto, *puberes*; ut sit sententia, puberes, qui sunt sine curatoribus suis, idest, qui curatores non habent, possunt ex stipulatu obligari. Nam primum hæc præpositio, *sine*, soli verbo jungitur, aut quod verbi vim habet, participio: nomini nequaquam: non enim unquam diceremus latine puberes sine curatoribus, pro eo quod est, puberes qui sunt sine curatoribus. Deinde etsi dederimus eos puberes intelligi, qui sint sine curatoribus suis: tamen eadem difficultas ex proprietate verborum obiicitur, quæ foret, etsi diceremus obligari posse sine curatoribus suis. Utrobique enim nominantur puberum curatores: quos si semel puberes possint suos dicere, absurdum videtur, et verbis plane repugnans eos puberes interpretari, qui curatores non habeant: cum sint hæc ajentia et negantia puberes curatores suos habere, et non habere. Ego nihil interesse arbitror, utrum dicamus puberes qui sunt sine curatoribus suis, possunt ex stipulatu obligari; an vero, puberes obligari possunt sine suis curatoribus, ut utrobique puberibus suos esse curatores intelligamus. Sed hoc verbum *suis*, ambiguum est ‡ Cu- 6
ratores enim puberum duobus modis dici possunt, vel ut intelligantur ii, quos habent puberes jam ante sibi datos non jure tantum, sed etiam re ipsa et sua voluntate: vel ut intelligantur curatores, quos ex jure puberes habere debuerint, ut sint hi curatores puberum non tam re, quam juris destinatione. Illud proprie: hoc abusive, et ἀναφορικῶς, relatione nimirum facta ad id, non quod factum est, sed quod fieri debuit, si cognati, amici, et puberes ipsi in curatoribus adhibendis et accipiendis officio suo fungi vel-

(a) Recte equidem hæc *d. L.* 101. expositio quæ Accursii est, ceu vana a Cujac. Rob. *et* Don. *hic* per voculam *suis* refellitur. Utut ea placeat, Merc. 1. *opin* 6. qui ita: *sine curatoribus*, idest, qui non habent curatores *suis*, idest, proprios ad differentiam curatorum, qui ad certas aliquando res dantur et Gœd. ad *L.* 21. *de V. S. n.* 18. *et de contr. stip. C.* 7. *n.* 270. vocula *suis* referenti ad creditores commate (,) post vocula *curatoribus* posito. Non recte tamen noster hac ratione utitur. Quæ falsa omnino est. Immo vocula *sine* sæpe jungitur nomini. Cic. de *Petit. Consulatus*: Homo iners sine officio, sine ingenio. Et Orat. pro M. Cælio *sub fin.* Clodium vocat hominem sine re, sine fide, sine spe, sine sede, sine fortunis: Sic. Spurii sine patre filii, §. *pe. I. de Nupt.* Similesque loquutiones legenti occurrent. Sic nuptias sine nuptiis dicere licet, ex Cajo. 1. *Inst.* 4. §. 1. Regem sine regno, ut et in nostrati lingua phrases hæ crebriusculæ *Herr ohne Land*. et similes.

7 lent. Hoc intellecto dicemus puberes obligari posse sine curatoribus suis, idest, iis, quos propter ætatem jure habere possunt et debet. Quod et verum est: possunt enim aliquando sine his obligari: ut autem verum sit eos ita obligari posse, satis est, si possunt aliquando, etsi non semper. Quando igitur sine his obligari possunt? Id hoc loco omissum sumi debebit ex ea distinctione, quæ traditur in *dict. L. 3. C. de in integ. restitut. minor.* si curatores videlicet sibi datos jam re ipsa nun habebunt, possunt obligari sine curatoribus; si habebunt, non possunt. Fateor hoc modo curatores puberum improprie et abusive dici, nec facile a significatione verborum recedendum esse; sed scimus hanc esse exceptionem, nisi manifestum si aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter, supr. de legat.* 3. Id quod in proposito Modestinum fecisse inde conieeturam facere possumus, quod non ita jus fuerit ipsius temporibus, ut minores obligari possent sine curatoribus vere suis. Idque constare posse ex *dict. L.* 3. ubi id confirmatur ita, non ut jus constituatur de ea re novum, aut nuper natum, sed proponatur distinctio juris certi, et antea explorati. Et ut forte id non senserit Modestinus: tamen quid hic conveniat Justiniani voluntati, spectare debemus, qui utrumque fecit suum, et quidquid vel subtiliter inventum faceret ad conciliationem, id voluit accipi. *L. 2. §. tanta, et §. contrarium, C. de vet. jur. enucl.* Sed hic nobis occurritur ab iisdem illis, qui *d. L. 3* de alienatione loqui dicunt, non de obligatione. Volunt enim hanc sententiam potius esse juris certi, quæ non hoc tantum loco, sed innumeris aliis passim demonstretur, proprium hoc esse impuberum, ut sine tutoris auctoritate non possint obligari, sive habeant tutorem, sive non habeant: puberes autem in ea esse caussa, qua etiam in re differant ab impuberibus, ut et sine curatoribus obligari possint, quantumvis his curatores dati sint. Quid ergo afferant, expendendum puto. Mihi autem omnia videntur ejusmodi, quæ si quis attendat propius, existimare possit magno studio ab illis esse conquisita, non quo eam sententiam confirmarent, sed quo se oppugnarent: adeo omnia adversus illos faciunt. Curatori, inquiunt, rerum puberis et negotiorum administratio commissa est, non personæ. *L. sciendum, 1. supr. de rit. rupt.* ideoque de sua persona promittere potest pubes sine curatore suo. Imo contra ita colligi debuit: Curatori negotiorum administratio commissa est: ergo et rerum contrahendarum. Nam in re contrahenda negotium geritur. *L. ait Prætor, supr. de mi.* item [illegible]: Curatori rerum administratio commissa est: ergo et obligationis puberis. Nam obligatio ex numero rerum est *Inst. de reb. corpor. et incorp.* At enim promittere factum est personæ. Omnino: sed factum tale, in quo agatur de rebus pupilli alienandis, et patrimonio ejus minuendo: ut consequens sit non magis alienationis, quam ejus deminutionis curam ad curatorem pertinere. Alioqui nec alienatio ad eum pertineat; cum in alienatione non minus versetur factum puberis, nempe ejus traditio et transferendi voluntas. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Ajunt fœminam sine curatore posse nubere, quod diserte scriptum est in *d. L. sciendum, de rit. nupt.* Sed nominatim *ibidem* additum est eo fieri, quia utrum nubat, necne, ad officium curatoris non pertineat, et ideo non pertineat, quia non sit res ex administratione negotiorum. In qua officium curatoris consistit. Vel hinc intelligere licuit hic dici quod esset nuptiarum proprium, eoque ad obligationes alias transferri nec debere, nec posse; et merito: nam in nuptiis contrahendis non de rebus extra personas positis agitur, sed de ipsissima et sola conjunctione personarum. Unde definiuntur, nuptiæ, viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. *Instit. de pat. pot. in princ.* Obligationes contra cæterarum rerum non ad conjunctionem personarum pertinent, sed ad dandum aut faciendum, idest, ad minuendum debitori, et creditori augendum patrimonium. Addunt minori recte solvi sine curatoris auctoritate, ut debitor jure liberetur, tantumque supersit minori in integrum restitutio. *L. ait Prætor, §. 1. supr. de min.* Primum nihil adjicitur illic, unde intelligamus pecuniam esse solutam sine curatore; nec quidquam prohibet intelligi pecuniam minori recte solutam cum curatoris auctoritate, ut nihilominus minori postea succurratur, si pecuniam eam perdidit: tutoris enim vel curatoris auctoritas interveniens, auxilium in integrum restitutionis non aufert, *tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* Faciamus tamen illic pecuniam a debitore solutam minori sine curatore. Hic ego quæro, velintne hoc accipi debere de minore qui curatorem non habeat, an de eo, qui habeat. Si de eo, qui non habet, nihil ad rem pertinet: non enim ambigitur, quin et hic sine curatore possit obligari. Sin de eo, qui curatorem habet, jam hoc statuendo huic recte solvi, ut debitor liberetur, ipsi se oppugnant, non nos. Volunt enim hoc modo

minorem qui curatorem habeat, posse non obligare se, sed quod habuerit, alienare sine curatoris auctoritate. Qui enim debitorem liberat, is non obligat se debituri suo, sed obligationem quam prius babuit, quodammodo alienat, dum facit ut eam desinat in bonis habere. Certe debitorem liberando de bonis deminuit; quod alienationis genus est, et edicto de his, quæ in fraudem patroni alienata sunt, revocatur. *L.* 1. §. *utrum*, *supra*, *si quid in frau. pat.* Atqui hæc erat prius eorum sententia, puberes qui curatorem habeant, sine curatore suo nihil alienare posse; et quod de alienatione dicitur, ad obligationem minorum non pertinere. Ex quo colligimus id ens mutare de alienatione, quod prius dixerant: et simul in eo nos sublevare, dum quod dicitur de minoris remissione, idest, alienatione, in *dict. L. ait. de mino.* ipsorum sententia non debet transferri ad minoris obligationem. Sed res ita habet: non magis minor curatorem habens pecuniam solutam sine curatore accipiendo, debitorem suum liberare potest, quam sine curatore se alil obligare. Et quod dicitur in *d. L. ait*, §. 1. si minori pecunia a debitore soluta sit, et hanc perdidit, ei subveniri, quasi gestum sit cum eo; ex conditione tacita et usitata accipiendum est, si quidem ita res gesta sit eum eo, ut summo jure res ei perierit, ac non possit aliter ei salva esse, quam auxilio restitutionis. Quod tunc fit, cum minor aut accepit curatore suo auctore, aut sine curatore quidem, sed ideo, quia curatorem non habebat. Ejusdem generis est illud, quod dicunt minorem jusjurandum deferre posse, et eo facto liberare debitorem sine curatore, idque probant ex *L. nam postea*, §. si minor, sup. de jur. *Si minor viginti quinque annis*, inquit Ulpianus, *detulerit, et hoc ipso captum se dicat; adversus exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem* non *semper esse dandam; sed plerunque ipsum Prætorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere.* Atqui nihil hic adjicitur de curatore; neque necesse est intelligi jusjurandum sine hoc esse delatum, cum minor curatorem haberet. Idem enim juris esset, etsi eo curatore auctore detulisset jusjurandum. Demus tamen eum habuisse curatorem, et sine hoc detulisse. Quid inde efficitur, nisi minorem sine curatore quem habebat, debitorem suum liberare, idest, quod habuit, deminuere potuisse? Atqui (3) ipsi illi hoc fieri posse prius negabant, et iisdem auctoribus quod de alienatione minoris dicitur, ad obligationem eorum non pertinet. Ejusdem incogitantiæ et illud, quod afferunt de hereditate ex fideicommisso restituenda. Minor rogatos restituere hereditatem curatori suo, hanc illi sine ullius curatoris auctoritate recte restituit, *L.* 1. §. *fuit. supr. ad Trebell.* Quasi vero, restituendo hereditatem, et in alium transferendo videatur se obligare minor ac non hereditatem a se alienare. Alienat vero citra controversiam, non ullo modo eo facto se obligat; ut perspicuum sit hinc colligi, non minorem sine curatore, quem habeat, se obligare posse, quod fieri hic non potest; sed posse aliquid alienare, quod illi negabant. At enim nec minorem sine curatore suo alienare posse et ipsi diximus: hoc illi, qui præcipue affirmabant, expedire debuerunt; quod quia non fecerunt, ego expediam. Sed non est difficilis explicatu: ideo enim minor hereditatem, prius a testatore acceptam restituere rogatus, hanc recte restituit sine cujusquam auctoritate, quia restituendo nihil alienat de suo, neque adeo facit in eo conditionem suam deteriorem; quod dici non potest, cum aut alienat suas res, aut se alteri obligat: ut vel hoc ipsum certissimum sit argumentum, quod de hac restitutione dicitur, ad obligationem transferri non debuisse, ubi constet minorem et minuere suum, et conditionem suam deteriorem facere. Quid illud, quod his sumitur ex *L. cum in una*, §. *ult. supr. de app.* quale esse videtur? Illic ita scriptum est: *si tutoris auctoritas fuerit pupillo necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur: quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.* Propositum est illis probare puberes sine curatoris auctoritate omnimodo obligari posse: ipsi proferunt exemplum pupilli, quem prius professi sunt in hac re a puberibus maxime differre. Sed esto, sint hi similes. An qui dicit curatoris auctoritatem pupillo esse inutilem ad obligationem hereditatis suscipiendam; is dicere videtur etiam (4) puberi esse inutilem?

(3) In eo recte noster ut et Rob. 1. *animadv.* 12. *et* 1. *adnot. Merc.* 12. Miror vero quod Cuj. 19. *Obs.* 33. scribat nolle se ex his obligationem minorum abstruere, falso id sibi imponi, verum ea protulisse ut ostenderet quæ inter pupillum et minorem etiam in aliis differentiæ sint. Nam si modo verum esset, ut Cujac. sentit posse hæc sine curatore non video quod argumentum illius sententiæ obtinendæ firmius esset.

(4) Sed recte Cujac. curatoris auctoritatem ad aditionem absolute inutilem esse, quia be-

non ita est. Ideo pupillo est inutilis, quia habet tutores, aut habere debet, a quibus regitur ea ætas, et qui auctores fieri possunt. Contraria de caussa puberibus curatorum auctoritas utilis, quia hi reguntur solum a curatoribus, non etiam a tutoribus: ut horum auctoritatem desideraret tanquam necessariam, sit ridiculum. Palam est igitur nihil hic afferri, quo non multo magis superior sententia et distinctio *d. L. 3. Cod. de in integ. restitut. minor.* ante a me exposita confirmetur.

reditatis aditio est actus solemnis et legitimus *L. 77. de R. I.* E per *L. 19. de aut. tut.* Hinc etsi tutor certæ rei vel caussæ dari non debeat *L. 14. de test. tut.* datur tamen impuberi ad hereditatem adeundam. *L. 9. de tut. dat.* non ex alia quam hac ratione Marc. Vertra. Maurus *de Jure liberor. Cap.* 31. *pag.* 120. A Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 4. *Ill.* 13. Sane mulieres olim adultæ cum in perpetua tutela essent. finita pupillari, incipiente tutela mulieri, vid. *not. supr. Lib.* 3. *Ca.* 14. *N.* 4. add. Vert. Maurus *d. Cap.* 31. sine tutorum auctoritate non obligabantur. Quod et Græcorum LL. cautum; Tiraq. *L. connub.* 1. *n.* 72. Jure Hispanorum regio nullus uxoris contractus firmus sine consensu mariti, Covar. *P.* 2. *de Matrim. S.* 7. §. 1. Gomez. in *leg. Tauri* 54. *et* 5. *seqq. Fasq* 3. *Ill. contr.* 104. *et* 1. *contr. usu freq.* 10. Itemque ex consuetudine Pictaviorum, Tiraq. *post LL. Connu. Gl.* 4. *et seqq.* ubi *Gl.* 8. cum a priscis temporibus ac variarum olim gentium moribus comprobatam ostendit, (licet aliud sit jure nostro civili *tax. L. velles* 6. *C. de revoc. don.*) add. P. Greg. 11. *Synt.* 4. *n.* 23. *et seqq.* Duar. ad *Rub. Sol. matrim. Tit. de Nupt. C.* 1. ubi innuptas tamen mulieres si justæ ætatis sint, libere contrahere scribit. Statutis multorum Italiæ locorum nullius fœminæ obligatio sine consensu duorum consanguineorum proximorum rata, de quo Menoch. *arbitr. C.* 211. *et seq.* (ubi quæ justa caussa negandi consensum) Io. Vinc. Hondede. *vol.* 2. *Cons.* 5. Quæ et ratione naturali niti, Pantschman. *Lib.* 2. *Quæst.* 5. *n.* 5. *et seq.* Jure quoque Saxon nullius mulieris actus, in judicio vel extra id celebratus, sine maritorum aliorumve curatorum auctoritate. illis officere potest, vid. Nov. Elect. *Sax.* 15. *P.* 2. ubi fuse Moll.

Ad L. *Venditores.* 102.

Idem *libro V.* Responsorum.

Venditores emptori caverant pro evictione quanti ejus interesset, sed et specialiter adgnituros si in lite mota sumptus fecisset, emptori stipulanti promiserant: post mortem emptoris unus ex venditoribus ad judicium vocavit, pretium sibi deberi dicens: heredes ejus qui sumptus in defensione caussæ factos, cum probarent pretium solutum fuisse, ex stipulatione petebant. Modestinus respondit, si in eas impensas venditores promiserunt, quæ ob litem de proprietate institutam factæ essent, minime ex stipulatu peti posse quod erogatum est dum alter ex venditoribus pretium quod jam fuerat exsolutum, petit.

S U M M A R I A.

1. *Stipulationis de sumptibus litis agnoscendis inter venditorem pro evictione caventem, et emptorem interpositæ effectus.*
2. *Stipulatio superior de qua lite sit accipienda.* et n. 4.
3. *Litem de evictione, a lite de pretio multum differre.*

1 Venditores emptori caverant pro evictione, quanti ejus interesset; caverant, idest, stipulanti promiserant. *L. sancimus.* 6. *com. de leg.* quæ stipulatio a venditoribus judicio empti exigitur. *L. ex empto.* §. *venditorem. supr. de act. em.* Cujus rei gratia, docuimus ad *Tit. de evictionib.* Nominatim autem et specialiter iidem stipulanti emptori promise-

sunt agnituros se in lite mota sumptus fecisset. Adjectio inutilis, si res avincatur postea emptori: cum jam satis generali stipulatione de evictione cautum esset in id, quod emptoris interest: quo verbo ut cætera damna, sic et sumptus ab illo in litem facti continentur. Sed ibi non inutilis, si cum emptore agatur postea de proprietate, sed res ei non evincatur. Verum est enim quod Accursius scribit in *L. 1. C. de evict.* re non evicta ne de sumptibus quidem regressum esse adversus venditorem. Re non evicta non esse regressum generaliter scriptum est in *L. si status, C. de evict.* unde intelligitur neque de his sumptibus, neque de aliis damnis regressum esse. Sed et in *L. ex empto, in prin. et L. servus quem, supr. de act. em.* clare traditum est venditorem emptori re tradita non teneri, nisi ob evictionem dumtaxat: seu non teneri, quandiu emptori rem habere liceat. Licet autem, quandiu res non est evicta. *L. habere, supr. de evic.* multaque alia in eam sententiam dici possunt, quæ nunc prætereo consulto, quia alius est de his dicendi locus. Nam quod Bartolus hanc sententiam reprehendens ait, venditorem hoc ipso quod tenetur, ut rem emptori habere liceat, etiam teneri in sumptus in litem factos quamvis re non evicta, nullo bono auctore, nulla ratione probat: et aperte falsum esse, satis iis quæ modo dixi, convincitur. Nihil ad rem pertinet, quod dicitur venditorem lite mota emptorem defendere debere. *L. si plus §. mota, supr. de evict.* debet enim, ne patiatur rem evinci. Cæterum re non evicta, neque hanc defensionem, neque quidquam aliud emptori præstare debet: semel enim emptione contracta ut rei venditæ commodum, sic periculum et incommodum omne ad emptorem transire constat. *L. necessario, supr. de per. et com. rei vend: §. cum autem, Inst. de em. et vend.* Hujus autem periculi et incommodi et omnino casus fortuiti pars est vis omnis, et injuria, quæ emptori ab aliis infertur. *L. ad cos. supr. com.* Quandiu ergo, ut dixi, res emptori evicta non est, tandiu emptor ad venditorem reverti non potest, ne de sumptibus quidem, quos in lite sibi mota fecerit: ut quidem teneatur obligatione empti et venditi. Quod si stipulatio de his sumptibus præstandis interposita fuerit, sine exceptione ad omnes, qui in lite facti erunt, stipulatio pertinebit, sive emptori res evicta sit, sive non sit: generalis enim stipulatio est. Non temere est igitur, quod de his sumptibus agnoscendis nominatim stipulatio subjecta est ei, cui jam satis de evictione cautum erat. †
2 Sed videndum est, de qua lite accipienda sit stipulatio: circa quod incidit quæstio ea, de qua hoc loco respondetur. Nam cum esset stipulatio superior ita concepta, ut proposuimus, unus ex venditoribus, qui diceret sibi pretium solutum non esse, egit cum emptoris heredibus, ut sibi pretium solverent: et cum heredes probarent pretium solutum fuisse (quippe hæc eorum, qui dicunt fuisse solutum, probatio est. *L. 1. C. de prob.*) cum, inquam probarent pretium esse solutum, venditor victus est. Quæsitum est de sumptibus in hac lite ab heredibus factis, an hi ex proposita stipulatione peti possint. Et quid opus est, dicet aliquis, heredes hos sumptus ex stipulatione persequi; cum eo judicio, quo de pretio actum est, eos, si velint, consequantur? nam victus victori in expensas litis condemnatur. *L. eum quem, supr. de jud. L. properandum, §. sive autem. C. eod.* Nec dici potest in proposito ideo venditorem in eas non condemnari, quia justam habuerit caussam litigandi; neque enim honeste causari potest se ignorasse sibi pretium esse solutum, cum facti nostri ignorantia non sit probabilis. *L. quamquam. supr. ad Vell.* Sed fieri potest, ut judex injuria non habuerit rationem sumptuum. Proponamus ergo eum non habuisse, nec quidquam dixisse de sumptibus, ac nec emptorem eo nomine appellasse. Una ratio erit eos consequendi, si de his cautum fuerit stipulatione. Hinc ergo quæsitum, ut dixi, non abs re, an hi ex stipulatione superiore peti possint. Quæstio in eo est; non an peti possint, quos constet non esse promissos: de quo nulla esse potuit justa dubitatio, cum sit certi juris ex stipulatu peti non posse, quod stipulatione cautum non est: *L. quia, supr. de neg. gest. L. quidquid, supr. eod:* sed in eo, an superiore stipulatione comprehensum sit etiam de his sumptibus, qui in lite de pretio mota facti sint. Quod prima ratione videtur ex verbis defendi posse: unde ambigendi caussa. Primum dici potest verba stipulationis generalia esse de omni lite: venditores enim nihil expressisse de lite proprietatis, sed generaliter cavisse se agnituros sumptus in lite mota factos: proinde omnem litem emptori motam his verbis contineri. *L. non est. supr. de transact. L. quidquid, supr. hic.* Quod si placet hanc orationem ita accipi, ut intelligatur his de evictione, cujus prius mentio facta erat: attamen existimari potest non male dici et litem de pretio esse litem de evictione rei, quasi pretio non soluto res possit emptori avocari. Modestinus respondet sumptus in lite de pretio mota ab emptore aut ejus heredibus factos ex stipulatione præposita peti non posse: non tamen simpli-

citer, sed sub conditione, si venditores promiserunt eas impensas, quæ ob litem de proprietate institutam factæ essent. Quibus verbis de posteriore tantum dubitatione re-
3 spondet: † vult enim intelligi litem de pretio institutam non esse litem de evictione, de qua lite cautum est: idque hac ratione, quia in lite de evictione agatur adversus emptorem de proprietate rei; a qua lite multum distat lis de pretio. In hac, de pretio agitur actione in personam, nempe ex vendito adversus eum, qui nobis obligatus est. *L. Julianus, §. ex vendito, supr. de act. em.* §. 1. *Inst. de act.* De proprietate rei agitur actione in rem adversus eum, qui nobis obligatus non est, sed rem nostram tenet, possidet. *d.* §. 1. *Inst. de act.* Effectus utriusque longe dissimilis. Lis de proprietate hunc habet exitum, ut eum actor probaverit rem suam esse, auferatur res emptori, et domino restituatur. *L. officium, L. qui restituere, sup. de rei vind.* Lis de pretio huc spectat, ut pretium solvatur dumtaxat; cæterum et non soluto eo in suo loco manet possessio penes emptorem. *L. venditi. C. de*
4 *act. em.* † Interim manet ex his verbis etiam nunc prior dubitatio, an non videatur saltem verbis stipulationis generalibus simul et de lite proprietatis, et de quavis alia lite comprehensum esse, ut proinde ad litem etiam de pretio cum emptore institutam pertinere debeat. Sed dicendum est verba generalia semper ad eam speciem, de qua prius actum est, debere referri. *L. si de certa, C. de trans. L. quid tamen, §. plenum, supr. de rec.* Prius autem venditores emptori caverant pro evictione: proinde hæc verba continenter subjecta, *et si quos sumptus in lite mota fecisset,* sic exaudienda sunt, si fecisset in ea lite evictionis, de qua est sermo. Videtur autem Modestinus de eo non respondisse, quia hoc ita accipiendum esse constaret inter litigatores: ut respondeat ex hypothesi si ita est, ut venditores de impensis ob litem evictionis, quæ proprietatis lis est, factis senserint, nihil dubii esse debet, quin his verbis lis de pretio non contineatur. Quamquam potest et responsum sic accipi, ut sub conditionis figura tacite affirmatio contineatur, ut sit, *si pro quia,* hoc sensu; si venditores eas impensas promiserunt, quæ ob litem de proprietate institutam factæ essent: quod existimo, vel, postquam venditores eas impensas promiserunt quod ex verbis actum esse satis intelligitur.

Ad L. *Liber.* 103.

Idem *lib. V.* Pandectarum.

Liber homo in stipulatum deduci non potest: quia nec dari oportere intendi, nec æstimatio ejus præstari potest, non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem, aut fundum hostium.

SUMMARIA.

1. *Hostium fundus in stipulatum an deduci possit.*
2. *Legari quæ possunt, eadem in stipulatum deduci possunt, et contra.*
3. *Hostium res quatenus legari possint.*
4. *Res, quæ dari non possunt, nec a sciente, nec ab ignorante in stipulationem deduci possunt.*
5. *Emptio hominis liberi etc. quatenus valeat.*

1 REM, quæ dari non potest, in stipulatum deduci non posse constat. *L. si stipulor. supr.* Quæ hujus generis res sint, expositum est ad *L. inter, §. sacram, sup.* Idem confirmans hoc loco Modestinus in hoc numero recenset liberum hominem, hominem mortuum, et fundum hostium. De duobus prioribus non dubitatur; de quibus est in *Inst. de inut. stip. in princ.* et §. 1. ; De fundo hostium dubitationem facit *L. ab omnibus, §. etiam, supr. de leg.* 1. ubi ita scriptum est: *etiam rem hostium posse legari Sabinus ait, si aliquo casu emi possit.* Non enim est, quod quisquam putet ad rem pertinere, quod superius de re leganda dictum est, nos autem de re promissa agimus; quasi aliud juris sit in legato, aliud in stipulatione. Nam quæ res in stipulatum deduci non possunt, eædem nec legari

possunt: et contra quæ legari possunt, possunt et in stipulatum deduci. Unaque utriusque potestatis notio est, si res dari et parari possit. *L. si stipulor, supr. eod. L. cum servus. §. ult. supr. de leg.* 1. Quare si res hostium legari potest, poterit et deduci in stipulationem. Quid ergo est? probandum est, quemadmodum fundus hostium promitti non potest, sic nec legari posse, sive noster aliquando fuerit, sive non fuerit. quandoquidem a nobis parari non potest: non apud hostes, quoniam apud illos quidquam habere et possidere nobis non licet: non extra potestatem hostium, quoniam fundus res immobilis ab illis transferri non potest: quæ autem parari non possunt, ea nec legari possunt. *d. L. cum servus. §. ult. de leg.* 1. Neque vero
3 hoc superioribus illis verbis negatur. † Res hostium legari potest; sed hac conditione, si aliquo casu emi possit. Id hanc significationem habet, si possit emendo parari, et ad nos transferri. *d. L. cum servus. §. ult.* Non sunt in hoc genere res soli, ut ostendi. Quænam igitur? merces exoticæ quæ a Barbaris per mercatores advehi ad nos solent. Hæ nihilominus et in stipulatum recte de-
4 ducuntur. † Illud notandum est, quæ res dari non possunt, eas esse hujusmodi, ut nec a sciente nec ab ignorante deduci possint in stipulationem, ut promissor quamvis tales esse sciens aut etiam de iis tanquam privatis affirmans eo nomine obligetur. Res ipsæ cum non possint præstari natura, ne deberi quidem possunt. Sed nec debebitur earum æstimatio, ut hic scriptum est: quia æstimatio in stipulationem non est deducta; nec quidquam ex stipulatione potest deberi, nisi de quo nominatim stipulatio est concepta. *L. quia,*
sup. de neg. gest. L. quidquid, supr. hic. † 5
Alia caussa est emptionis, si hujusmodi res pro privatis vendantur ignoranti: hic enim venditio valet. *L. 4. L. 5. L. liberi, supr. de contr. empt.* non quidem de re, quæ præstari non potest; sed hactenus, ut consequatur emptor, quod interfuit ejus, ne deciperetur. *L. qui officii. §. 1. supr. de contr. em.* Sic natura est emptionis, eo quod bonæ fidei est, ut si quid dolo malo venditor vel fecerit, vel cælaverit in re vendita, cum dolum præstare emptori debeat, quemadmodum et si quid affirmavit. *L. ea quæ, in pr. et §. ult. supr. de contr. em. L. tenetur, §. pen. et ult. supr. de act. empt.*

Ad L. *Cum servus.* 104.

Javolenus *lib. XI.* ex Cassio.

Cum servus pecuniam pro libertate pactus est, et ob eam rem reum dedit: quamvis servus ab alio manumissus est, reus tamen recte obligabitur: quia non quæritur a quo manumittatur, sed ut manumittatur.

SUMMARIA.

1. *Species legis.*
2. *Ex stipulatione conditionali conditione impleta pecunia debetur, tantumque hoc spectatur, an factum sit, quod verbis continetur.*

1 Servus pactus est domino pecuniam pro libertate, idest, hac lege, ut manumitteretur, vel si manumitteretur, et liber fieret; nec adjectum est, a quo; ut appareat de sola libertate servo danda cautum fuisse, nihil de personis: et servus ita pactus reum dedit, qui stipulanti domino eam pecuniam expromitteret, ut fit in specie *L. et eleganter; §. servus supr. de dol.* Dominus, idemque stipulator servum hunc non modo non manumisit, sed etiam alienavit sine ulla conditione libertatis servo dandæ: manumissus est tamen servus a novo domino. Hic existit prior dominus et idem stipulator, ac pecuniam petit ex stipulatione. Contra dicitur ei, Inique eum petere pecuniam, et vero eum consequi non debere pro libertate, qui libertatem non dederit: imo vero qui quod in ipso fuit, libertatem impedierit servum alienando. Respondet Jabolenus nihilominus pecuniam deberi, et jure peti posse; *quia non quæritur*, inquit, *a quo manumittatur, sed ut*, vel an *manumittatur.* Nempe in proposito non quæritur, ubi de libertate solum danda

actum est, ut proposuit, non de personis, a quibus oportet dari. Hoc sentit Javolenus, quod et ipsum explicatius posuit in *L. a*
2 *Titio, inf.* † ex omni stipulatione conditionali conditione impleta pecuniam deberi: tantumque hoc spectandum esse, an factum sit, quod verbis continebatur. Porro in proposito stipulationem fuisse sub conditione, quæ et conditio servo ab alio manomisso extiterit. Conditio enim hæc erat, si servus manumitteretur; si manumitteretur, inquam, simpliciter, non ab hoc aut ab illo: proinde a quocunque sit manumissus, conditio impleta est. Ex quo recte colligit, quamvis servus ab alio manumissus sit, reum obligari. Non dixit, quamvis ab alio manumissus sit, stipulatoris tamen beneficio: quia hoc sentit etiam si invito eo sit manumissus, reum tamen obligari. Scilicet quia ita fuerit conditio, si servus manumitteretur; in quibus verbis quæri non debuit, inquit, a quo servus manumittatur. Cum autem stipulatoris beneficio servus manumittitur, prope est, ut ab eo videatur manumitti. argu. *L. sed si plures. §. in arrogato. sup. de vulg. et pup. subst. L. profecticia, in pr. supr. de jur. dot. L. si quis quos. sup. de leg.* 2.

Ad L. *Stipulatus sum Damam.* 105.

Idem *lib. II.* Epistolarum.

Stipulatus sum Damam aut Erotem Servum dari; cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui. Mortuus est Dama. An putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit secundum Massurii Sabini opinionem, puto te ex stipulatu agere non posse. Nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset quo minus id quod debebat, solveret: continuo eum debito liberari.

SUMMARIUM.

1. *Ex duabus rebus disjunctim promissis si una perierit, an promissor debito liberetur.*

1 CUM illud aut illud promissum est, puta, Dama, aut Heros, Stichus aut Pamphilus, si una ex rebus promissis perierit, traditum est aliis locis, idque generaliter, non ideo liberari promissorem, sed eam rem, quæ superest, adhuc deberi, et peti posse. *L. si i... emptione, §. pen. supr. de contr. em. L. Stichum, infr. de sol.* Quod et videri potest in universum recte definiri. Cum enim res duæ promissæ sint, una perempta tamen adhuc relinquitur altera, quæ obligationi superest. Id tamen temperatur hoc loco hac exceptione, nisi creditur in ea, quæ periit, prius accipienda moram fecerit. Nam si fecit, cum ea debitore recte offerretur, scriptum hic est re postea perempta continuo promissorem debito liberari, et quidem ita, ut ex stipulatu cum eo agi non possit; quod significat eum ipso jure liberari. Quo responso statuitur hæc distinctio, ut duabus rebus disiunctim promissis, si ex his una perierit, si quidem ante oblata non fuit, non liberetur promissor; si fuit recte oblata, liberetur. Sed videamus, ne potius in universum dici debuerit re una ex superioribus perempta debitorem liberari in totum, etiam si citra moram rescredituris perierit: etsi enim in hoc genere duæ res verbis promissæ sunt; vi tamen ipsa et sententia stipulationis una tantum debetur, qua soluta liberatio contigit. *L. ubi, §. qui illud, supr. eod.* quid ni igitur etiam una ex his extincta debitor liberetur? ut enim solutione, sic et rei interitu debitorem pariter liberari constat. *L. si ex legati, supr. eod.* Nun est satis rem unam hic deberi, ut debitor unius interitu liberetur: sed prius rem quæ periit, debitam fuisse oportet. *d. L. si ex legati, et L. quod te, supr. si cert. pet.* Duabus autem rebus disiunctim promissis, prius quam promissor elegerit, quam daret, utra vere debeatur, incertum est: ut si qua ex iis ante eam

electionem perierit, non possit dici promissor interitu rei debitæ liberatus, cum ea, quæ periit, non magis dici possit debita fuisse, quam altera. Ergo nec ea, quæ superest, dixerit aliquis ac proinde ne ea quidem peti poterit. Imo ea, quæ superest, jam incipit certo dici fuisse, et esse debita: prius enim debebatur sub conditione, si altera data non esset: *L. cum ita*, *supr. de*, *opt. leg.* quæ conditio jam certo extitit: nam neque altera res data est, et certum esse cœpit eam amplius dari non posse. Qui fit igitur, ut unius rei solutione liberetur debitor? quia solvendo eligit, quam det pro ea potestate, quam natura obligationis ei concedit. *d. L. ubi*, *§. qui illud, supr. L. plerumque*, *§. ult. supr. de jur. dot.* Hæc electio et voluntas debitoris sic rem electam debitam facit, quasi ab initio sola venisset in obligationem *L. cum incertus, supr. de leg.* 1. Eadem voluntas atque electio declaratur et tunc, cum debitor rem unam obtulit creditori, quam is sine justa caussa accipere recusavit, si modo et debitor in ea voluntate perseveravit: nam ejus mutandæ rebus integris jus habet. *L. prox. infr.* Non multum autem interest, utrum nolit quid aliquis, an in voluntate non perseveret. *L. nam etsi*, *§. 1. supr. de inoff. test.* Quod si perseveravit, debitam facit. Proinde non mirum, si et ea postea perempta placet debitorem ipso jure liberari. Hoc enim consequens est regulæ Juris, in quam omnes juris auctores consenserunt, qua efficitur interitu rei debitæ, quod citra debitoris culpam factum sit, liberari debitorem. *d. L. si ex legati.*

Ad L. *Qui ex pluribus.* 106.

Idem *lib. VI.* Epistolarum.

Qui ex pluribus fundis quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur: idest eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit: tandiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id quod promissum est solvatur.

SUMMARIA.

1. *Ex pluribus rebus una indefinite in stipulatum deducta quandiu res exstant omnes, tandiu promissor tenetur.*
2. *Ex pluribus rebus una indefinite in stipulatum deducta, quænam debeatur.*
3. *In quæstionis superioris definitione, quæ ordine notanda.*
4. *Electio in proposita specie, quando sit stipulatoris.*
5. *Debitoris quando.*
6. *Debitor in eo quod semel elegerit ad præstationem an et quandiu voluntatem mutare possit.*
7. *Legati et stipulationis diversam esse hac in re caussam: et quæ diversitatis ratio.*
8. *Lite contestata, an electio quæ ante competierat, finiatur.*
9. *Electio quæ promissoris antea fuit, re judicata ei non aufertur.*
10. *Unius tantum rei in judicium a creditore recte deductæ longe diversa caussa est circa electionem, quam alternatæ plurium rerum petitionis.*
11. *Electio finitur solutione.*

1 CUM ex pluribus fundis unum indefinite stipulamur, et quod idem est, cum ex pluribus rebus stipulamur illud aut illud; quandiu exstant res omnes in stipulatum deductæ, tandiu et promissorem teneri certum est. Nam quibusdam amissis interdum liberatur; interdum tenetur ita, ut cum una res superfuit, non sit difficile videre, quid in obligatione relinquatur, quod superiore capite attigimus. † Illud habet dubitationem, cum ex hoc genere tenetur promissor rebus integris, quid hic debeatur. Non esset dubitatio ulla, si res stipulatione comprehensæ omnes deberentur: sic enim intelligeremus omnes peti posse, et omnes esse præstandas. Nunc autem nihil hic debetur amplius, quam res una ex omnibus: ut promitti quidem intelligantur omnes, ut 2

verbis expressæ sunt; sed singule hac con-
ditione, si aliæ datæ non sint. *L. cum ita*,
supr. de opt. leg. Quænam ergo illa sit, quæ
certo debeatur, quæritur, ut sciamus et quid
hic tribuatur creditori ad petendum, et quid
possit aut debeat a debitore præstari. In eo
hæc notio summa est, eam rem in hoc ge-
nere deberi, quam is alegerit, cui electio
earum rerum data est, sive is erit stipula-
3 tor, sive promissor. † Hanc notionem et re-
gulam excipiunt deinde ordine hæ quæstio-
nes: utrius ergo electio sit, et quandu: tum
si quis pro facultate sibi data elegerit, an
qui semel id fecit; possit mutare volunta-
tem: postremo si potest mutare, quandiu
possit. De quibus breviter comprehensum est
hoc responso, sed ita, ut res fusiorem explica-
tionem desideret. Et de electione seu eligendi
4 potestate ita jus est: † si stipulator nominatim
sibi electionem constituit, vel his verbis adje-
ctis, utrum ego velim: vel his, mihi licere u-
num ex illis sumere: in aperta conventione ejus
electio est. *L. ubi*, §. *qui illud*. *L. si sic*. 93.
supr. L. si quis stipulatus. 112. *infr. eod.*
Qua ratione in *d. L. ubi*. §. *qui illud*, di-
citur hic stipulator certum videri stipula-
tus; cum ei liceat unum aliquid, quod velit,
5 intendere sibi dare oportere. † Si de ele-
ctione nihil cautum est, placet in re ob-
scura debitoris esse electionem, ut hic tra-
ditur: apertius in *L. plerumque*, §. *ult. de
jur. dot.* §. *huic autem, Inst. de act.* *L.* 2.
§. *Scævola*, *supr. de eo quod cer. loc.* *L.
si in emptione*, §. *pen. supr. de contr. empt.*
et hæc convenienter ei regulæ, qua tradi-
tur in stipulationibus, si quid ambigui sit
aut obscuri, verba contra stipulatorem in-
terpretanda esse. *L. stipulatio ista*, §. *in
stipulationibus*. *L. quidquid*, *supr. eod.* Ea
res facit, quod hic dicitur, ut intelligatur
qui illud aut illud stipulatus est, incertum
esse stipulatus. De quo dixi ad *d. L. ubi*,
§. *qui illud*, *supr. eod.* Quod sequitur, an
hi cum semel quid elegerint, possint mu-
tare voluntatem, et quando; dissimilis in
eo caussa est stipulatoris et promissoris.
Quid hic in stipulatore servandum sit tra-
ditur in *L. si quis stipulatus*. 112. *infr. eod.*
de promissore hic agitur, et in *L. eum, qui
6 certorum*, 138. *infr. eod.* † Est autem utrius-
que loci consentiens definitio in hanc sen-
tentiam, promissorem in eo, quod, semel
elegerit ad præstationem, voluntatem mutara
posse, et posse tandiu, quoad rem unam,
quam debeat, solvarit: proinde et tandiu in
pendenti esse ejus voluntatem. In quo tria
statui apparet: et mutari voluntatem posse;
et posse usque ad solutionam; et eum solu-
tum quid erit; deinceps non posse. Quæ eu-
jusmodi sunt, videamus: neque enim usque
adeo liquet de omnibus. † Ac videatur pri 7
mum superior sententia de facultate mutan-
dæ voluntatis refelli exemplo legati eodem
modo relicti. Nam si illud aut illud legatum
sit, quod heres, idemque debitor volet, et is
unum semel constituerit, quem daret, placuit
eum amplius voluntatem mutare non posse.
L. statuliberum. in fin. supr. de leg. 2. *L.
hujusmodi*, §. *Stichum*, *supr. de leg.* 1. Sed
diversa est in hac re caussa legati et stipula-
tionis. Intelligendum est enim sic jus esse in
legatis, ut cum primum voluit heres rem
legatam dare, simul etiam potestate juris
dominium ejus rei in legatarium transeat,
si quidem et is voluerit legatum ad se perti-
nere. *L. a Titio, in fin. infr. de fur. L. servum
filii*, §. 1. *supr. de leg.* 1. Quæ res facit, ut
quod ei recte quæsitum est, non possit dein-
de invito auferri. *L. id quod, infr. de reg. jur.*
eaque ratio in legatario eligente, cui electio
data erat, nominatim reddita est in *L. apud.
supr. de op. leg.* ad eandem mutationem vo-
luntatis illi detrahendam. Nulla ejusmodi
rei electæ translatio in stipulationem aut
cæteras caussas incidit, quæ obstet debitori,
quominus illi in re electa voluntatem muta-
re liceat, nam in aliis caussis id observatur,
ut dominia rerum transferantur traditioni-
bus, non nudis pactis, aut nuda voluntate.
L. traditionibus. C. de pact. † Secundum 8
plus habet difficultatis: quo enim dicitur
promissorem in eo voluntatem mutare posse,
quoties velit, et quoad quid solverit, hanc
significationem habet, mutare eum posse
non solum usque ad litem contestatam, sed
et post litem contestatam: neque id solum,
sed et post ipsam adeo rem judicatum post
quam demum res solet præstari. Hic vero
nobis occurritur tot locis, quibus post litem
contestatam electionem quæ ante competie-
rat, finiri legimus. Stipulatorem quidem, qui
in hoc genere stipulationis sibi nominatim
excepit electionem, solum donec judicium
dictet, habere mutandi potestatem scriptum
est in *d. L. si quis stipulatus*, *infr. eod.* Sed
ne putemus in eo plus tribui reis tanquam
favorabilioribus juxta regulam juris. *L. fa-
vorabiliores. infr. de reg. jur.* etiam promis-
sores, qui eligere quid ante litem contesta-
tam potuerunt, lite semel contestata eam fa-
cultatem amittunt: ut probatur exemplis.
L. si insulam. *L. si Titius*, 9. *supr. eod.* ubi
et multo plura ejusdem rei exempla collegi-
mus. Sed et hæc dissimilibus in caussis rece-
pta sunt; et recte unumquodque propriis ra-
tionibus. Principio observandum est agera

nos de promissore, et eo promissore, qui duas res promiserit disiunctim, atque ita promissas disiunctim debeat. Hunc dicimus etiam post litem contestatam adhuc eligere pro se, utram det, nec unquam amittere mutandi potestatem, quoad rem unam præstiterit: optima et certissima ratione. Animadverti enim debet ex hoc genere stipulationis sic agi, ut litis contestatione non mutetur obligatio promissoris, quæ prius fuerit, sed confirmetur, planeque eadem et judicio contrahatur. Sic enim agitur, ut stipulator intendat sibi dari oportere non hoc tantum, aut illud tantum: sed simul, disiunctim tamen illud aut illud. Ita deducitur in judicium disiunctim, quod et disiunctim debebatur. *§. huic autem, Inst. de act.* ut consequens sit eandem eligendi potestatem etiam post litem contestatam manere: proinde et in hac electione eandem mutandi potestatem: nam hac potestate sublata etiam electio tollitur. At-
9 que hoc certo usque ad rem judicatam. † Sequitur deinde sententia: hæc vero cum petitioni congruere debeat, ut præcipitur in *L. ult. C. de fid. lib.* hoc etiam continebit, ut promissor in illud aut illud disiunctim condemnetur, uti et petitum erat. Sic fit, ut quam electionem habuit promissor in hac specie ante litem contestatam, eandem et post litem contestatam, atque adeo et post rem judicatam retineat, ipsius etiam judicii, et rei judicatæ potestate atque obligatione. Demus in aliis etiam caussis ejusmodi alternatam aliquam plurium rerum petitionem; in omnibus eandem electionem, eandem facultatem mutandi, quæ prius fuerat, perpetuo cum reo, tum stipulatori
10 dederimus. † Fariamus contra rem unam tantum in judicium a creditore recte deductam. Ut de ea re sola judicati obligatio contracta est; ita necesse est eo solam eo judicio deberi a reo, et ea debitorem liberari: siquidem solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Qua ex re efficitur, ut si qua prius vel stipulatori vel reo electio fuerit, ea post litem contestatam nova unius rei obligatione contracta amittatur. Atqui hoc primum, citra controversiam contingit in persona stipulatoris, cujus in hac specie obligationis fuit electio. Hic enim agendo non petit illud, sed rem unam certam, eam nimirum, quam elegit pro potestate sibi data. *d. L. si quis*, 112. *infr. eod.* Nec quispiam dicat hanc ei petitionem nocere non debere, quia traditum si neminem litem contestando deteriorem conditionem suam facere, sed plerunque meliorem. *L. non solet*, *L. nemo enim. seq. infr. de reg. jur.* Non enim in hac caussa propter litis contestationem alterius rei, quæ petita non est, electio amittitur: sed proprie hujus electionis necessariam remissionem: obligatione enim unius rei certæ judicio contracta, ut stipulatur necessitatem imponit reo hujus rei solvendæ; quæ definitio est obligationis. *Inst. de obl.* ita eadem opera et facultatem tribuit ejus ipsius rei præstanda ad liberationem; quoniam si res debita est, necesse sit, ut dixi, ejus solutione debitorem liberari. Idem accidit et in personam promissoris cujus ab initio in potestate fuit ex duabus rebus eligere, utram solvat, si una tantum res in obligatione fuit, altera dumtaxat in solutione. Hic enim ea conditio est obligationis, ut res ea, quæ fuit in obligatione, sola in judicium recte deducatur, si altera non soluta passus sit reus secum litem contestari: qua deducta cum reus illam sine ulla alterius rei præstandæ facultate debere cœperit, consequens est, ut eam quoque tanquam solam et simpliciter debitam necesse habeat solvere. Ea vis est, ut dixi, obligationis. Hæc necessitas constituta aperte illam facultatem alterius rei præstandæ, quæ ante fuerat, excludit. Atque hujusmodi est conditio obligationis in illis caussis, in quibus litis contestatione electionem promissori prius tributam finiri legimus, quarum exempla proponuntur in *d. L. si insulam*, et *L. 9. supr. eod.* de quibus cum satis dixerim in illis locis, præcipue autem ad *d. L. 9.* peti poterit, quod ad earum caussarum rationem pertinebit. Longe alia caussa est obligationis ejus, in qua duæ res, quarum electio promissori tribuitur, ambæ sunt in obligatione, non altera dumtaxat. Quod fit, cum illud aut illud promittitur; de qua specie nunc agimus. Hic enim contraria de caussa accidit, ut necesse sit stipulatori utrumque petere disiunctim, uti et debebantur. Quæ petitio, ut dixi, eandem electionem servat reo, quæ et ante fuerat. *d. §. huic autem, Inst. de act.* † Sed ut qui promisit il- 11
lud, mutare potest voluntatem, quandiu quod promissum est, solvatur, ut hic scriptum est: sic ex eo ipso intelligitur tertium illud, quod supra posui, finem hujus potestatis fore, cum reus rem unam aliquam solverit. Cur hic potius, quam tum, cum elegit, nec re ipsa tradidit? expeditam id rationem habet, eamque duplicem; Unam, quod stipulatio erit inutilis, si promissori variare hoc modo licebit: sic enim semper dicet, se aliam rem electurum, atque ita in ejus arbitrio erit, an debeat, quod jus non concedit. *L. 2. §. Scævola, supr. de eo quod*

cer. lo. Alteram, qua eadem jam ante in legatis usi sumus, quod debitor rem unam solvendo dominium in stipulatorem transtulit: id vero invito auferri non potest. *L. id. quod nostrum. infr. de reg. jur.* Sed nec condici potest tanquam indebitum, quod ex stipulatione debitum fuit.

Ad L. *Utrum.* 107.

Idem *lib. VIII.* Epistolarum.

Utrum turpem talem stipulationem putes, an non, quaero: Pater naturalis filium quem Titius habebat in adoptionem, heredem instituit, si patria potestate liberatus esset: pater eum adoptivum non alias emancipari voluit, quam si ei dedisset a quo stipularetur certam summam, si eum manumisisset: post emancipationem adit (hereditate) filius: petit nunc pecuniam pater ex stipulatione supra relata. Respondit: Non puto turpem esse caussam stipulationis, utpote cum aliter filium emancipaturus non fuerit: nec potest videri injusta caussa stipulationis, si aliquid adoptivus pater habere voluerit, propter quod a filio post emancipationem magis curaretur.

SUMMARIA.

1. *Pecunia ob quod factum turpiter accipi aut promitti dicatur.*
2. *Pater pro emancipando filio, an recte pecuniam stipuletur.*

1 Pecunia ob factum aliquod turpiter accipitur, promittiturve, cum aut id quod fit, per se turpe est, aut ejusmodi, ut qui accipit id facere etiam sine pretio jure cogeretur; veluti; si quis pecuniam accipiat, ut reddat depositum, aut rem sibi commodatam. L. 2. *L. ult. supr. de cond. ob tur. caus* ✝ Non est
2 hujusmodi factum emancipatio filii. Nam neque turpe est emancipare, quem in potestate habeas, quod constat: neque quisquam filium invitus emancipare cogitur. *L. si cui legatum, sup de cond. et dem. L. non potest, supr. de adop. §. ult. Inst. quib. mod. jus pat. po. sol.* Proinde pecunia eo nomine a patre non accipitur turpiter; et si eo nomine sibi quid dari stipuletur nihil est impedimento stipulationi: de quo hic responsum est. Si quis hic obiciat officium caritatis paternæ, quo effici videtur ne debeat esse venale beneficium patris erga filium: respondebimus id, quod est in extremo responsi, non esse contra officium patris comparare sibi quid a filio, quo ab eo post emancipationem magis curetur: quod futurum est pecunia ob emancipationem patri promissa. Hujus enim exactionem metuens filius studebit ejus liberationem a patre officiis et obsequiis promereri.

Ad L. *A Titio.* 108.

Idem *lib. X.* Epistolarum.

A Titio stipulatus sum, *Si qua mihi nupserit, decem dotis ejus nomine dare spondes?* quærebatur an consistat talis stipulatio. Respondit: si stipulanti mihi dos ita promissa est: *Quamcumque uxorem duxero, dotis ejus nomine decem dare spondes?* nihil in caussa est quare ea pecunia conditione expleta non debeatur: Nam cum conditio etiam ex incertæ personæ facto parere obligationem possit, veluti, *Si quis in Capitolium ascenderit: decem dare spondes? Si quis a me decem petierit tot dare spondes?* cur non idem et in dote promissa respondeatur, ratio reddi non potest.

S U M M A R I A.

1. ***Stipulatio, hæc, Si qua mihi nupserit, decem dotis ejus nomine dare spondes, et similes, an valeant.*** et n. 3.
2. ***Stipulatio omnis sub quavis conditione, quæ existere potuerit, contracta valet, et impleta conditione pecunia debetur.***
4. ***Promissorem in propositis stipulationibus suo, non alieno facto obligari.***
5. ***Stipulationem propositam non esse sine caussa.***

1 Quæritur, ao valeat hæc stipulatio, si qua
mihi nupserit, decem dotis ejus nomine dare
spondes? Dici potuit duo obstare. Primum
quod pendet stipulatio ex facto alieno, et ex
eo parit obligationem: oeminem autem alie-
no facto obligari convenit. *L.* 3. *C. ne ux.*
pro mar. Deinde quia videtur hic promitti
pecunia sine caussa, utpote ab eo, ad quem
forte hæ nuptiæ, aut quodvis aliud factum
alienum non pertinet. Si quis autem sine
caussa quid promiserit, hunc saltem ope ex
ceptionis non teneri placet. *L.* 2. *§. circa,*
supra, *de dol. exc.* Probat tamen Jabolenus
stipulationem valere, quia sub conditione
noo impossibili contracta sit: atque ita de-
2 finit de conditionalibus stipulationibus, †
omnem stipulationem sub quavis conditione
quæ existere potuerit, contractam valere, et
impleta conditione pecuniam deberi: quæ
et definitio aliis locis expressa est, *L. hujus-*
modi 20. *supra*, *L. ita stipulatus.* 115. 1.
3 *resp. illic*, *quasi quælibet*, *infra eodem.* †
Addit Javoleous et hoc argumentum. Nam
cum stipulor decem sub hac conditione, si
quis in Capitolium ascenderit, aut sub hac,
si quis a me decem petierit, stipulationes
valere constat: non est autem hæc dissimilis,
de qua quæritur: nam et ea pendet ex facto
incertæ personæ. Argumentum per se infir-
mum, si quis eas condiones quarum argu-
mento utitur, per se consideret: nam et hæ
cum pendeant ex alieno facto, eandem plano
dubitationem habeot. Sed spectavit Jabole-
nus, receptam de his sententiam; has enim
valere vulgo receptum erat: ex qua senten-
tia tanquam a rebus certis argumentum du-
cit. Quominus autem statuamus vere dici sti-
pulationem sub iis conditionibus, quæ supra
scriptæ sunt, consistere, noo movebimur iis,
quæ initio in cootrariam sententiam dixi-
mus. † Primum non est verum in propositis 4
stipulationibus obligari promissorem alieno
facto, obligatur enim suo, nempe ideo quia
promisit, non quia nupsit mulier, aut alius
in Capitolium ascendit. Non obligaretur qui-
dem sine facto alterius, quia conditio in alie-
num factum collata est; qua non impleta
nihil debetur: sed non ideo obligatur, quia
alii fecerunt, sed quia voluit obligari, si alii
fecissent. † Ne hoc quidem verum est, stipu- 5
lationem de qua hic quæritur, esse sine cau-
sa: non utique quod conditiones pro caussa
stipulationis habendæ sint: sed quia si alia
causa promittendi non fuerit, erit certe
donationis causa, quisquis enim sciens se
non teneri, promittit, videtur donare. *L.*

Campanus supr. de op. lib. constat autem idoneam dominii transferendi et promissionis causam esse donationem. *tot. tit. supr. pro donato.*

Ad L. *Nulla promissio.*

Definitio eadem, quæ *L. stipulatio non valet.* 17. *supr. eod.*

Ad L. *Si ita stipulatus.* 109.

Quod hoc loco, idem et ante prope totidem verbis scriptum legimus. in *L. si ita stipulatus.* 12. *supr. eod.*

Ad L. *Si mihi et Titio.* 110.

Idem *lib. IV.* ad Quintum Mucium.

Si mihi et Titio in cujus potestate non sim stipuler decem: non tota decem, sed sola quinque mihi debentur. Pars enim aliena deducitur: ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.

SUMMARIA.

1. *Stipulatus decem sibi et Titio, sola quinque stipulatus intelligitur.*
2. *Stipulatio hæc, Mihi et Titio decem dari, dissimilis est emptioni eodem modo contractæ, veluti, Mihi et Titio fundus emptus est: et qua in re dissimilitudo versetur, quæque sit differentiæ ratio.*
3. *Stipulanti servitutem sibi et vicino, totum, quod in stipulatum deductum, est, debetur.*

1 Qui stipulator decem sibi, et Titio, nihil amplius intelligitur stipulari quam, quinque: quem locum exposuimus ad *L. cum qui ita.* 56. *supr. eod.* ✝ Sed hic opponitur, quod illic prætermissum, nunc attingam. Nam si emptio fundi eodem modo contracta sit, veluti, fundus ille mihi est emptus et Titio, scriptum est in *L. fundus ille, supr. de contr. empt.* venditionem non in patrem tantum consistere, ut hic stipulatio decem in quinque, sed consistere in tutum, ac totius fundi emptionem ad emptorem pertinere. Dissimilia hæc esse omnes concedunt: sed qua in re sit hæc dissimilitudo, parum liquet. Ea sine dubio non est in rebus in utramque speciem obligationis deductis. Promittitur hic pecunia: illic fundus emitur. Utrum promittatur certa summa mihi et Titio, an promittatur fundus mihi item et Titio: ad divisionem istarum rerum nihil interest. Eandem summa pluribus personis attributa, enumeratione personarum intelligitur in singulas esse divisa. *L. cui fundus, supr. de cond. et dem. L. reos,* §. 1. *infr. de duob. reb.* Et fundus eodem modo: nam si duobus fundus legatus sit, inter eos divisus videtur, ut singuli pro sua parte legatum capiant. *d. L. cui fundus.* Idemque est, etsi duo aliqui aut servus communis duorum speciem aliquam ut fundum, vel Stichum stipulentur: nam et his divisio fit corporum in singulas personas, ac dimidiæ partes singulis debentur. *L. in stipulationibus. supr. eod. L. cum Stichus, infr. de sol.* Itaque si quis stipuletur fundum sibi et Titio, dicendum est et hic nihil deberi ex stipulatione, nisi partem fundi. Nam si sibi partem stipulatus intelligitur, partem Titio, sola pars ei debebitur: Titio nihil, cui stipulari non potuit: quia una ratione defenditur decem promissis mihi et Titio. sola quinque deberi, ut docuimus ad dictam *L. cum, qui ita,* 56. *supr.* Restat igitur, ut si qua in re distinguitur hæc stipulatio, *mihi et Titio decem dari*,

ab illa emptione fundi, *mihi et Titio fundus emptus est*, dissimilitudo quæ in rebus non est, sit in genere contractus: quod et verum est. Differentiæ ratio quæritur: quæ mihi non in eo esse videtur, quod emptio sit bonæ fidei cum non minus in stipulatione servandum sit, quod actum est, quam in emptione: *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur.* sed quia in emptione superiore hoc agitur, ut totus fundus sit emptus, idque utiliter; in stipulatione pecuniæ, ut tota pecunia detur, non item. Ajo in hac emptione, *fundus ille mihi est emptus, et Titio*, hoc agi cum ab emptore, tum a venditore, ut totus fundus emptus sit. Ab emptore, constat, quia fundum emptum vult partim sibi, partim Titio. A venditore, quia ille totum fundum vendendo id agit, ne quid ex eo fundo retineat. Atque hanc etiam mentem esse venditoris, ut emptor de toto fundo vel a se vel a Titio accipiendo constituat, hinc liquet, quod ita fieri venditoris interest, partim ut consequatur totius fundi pretium, partim ne in communionem incidat cum emptore; ad quam propter ejus incommoda nemo invitus compellitur. *L. si non sortem, §. si centum, supr. de cond. ind.* Quam ob caussam ut volet venditor totum fundum tradere emptori, ita et judicio empti ut præstetur, quod actum est. idest, quod convenit, consequi poterit. *L. ex empto, in pr. supr. de act. empt.* In hac autem stipulatione *mihi et Titio decem dari*, etsi quis dederit stipulatorem id agere, ut tota summa detur; tamen promissor non est hoc animo, ut si partem pecuniæ non det Titio juxta conventionem, eam partem det stipulatori, ut dici possit utrinque id agi, ut tota summa ei præstetur. Non esse autem eum hoc animo hinc apparet, quod cum pro ea summa nihil vicissim accipiat ex stipulatione, totam summam stipulatori dari nihil ejus interest. Quinimo contra ejus interest non dari, satiusque est partem pecuniæ apud eum manere, quam nihil. Quod si fingeremus promissoris interesse totum dari, ut aliud acciperet: tamen frustra id esset, neque ea re illum oportet moveri, ut vellet totum dare: quoniam ut vicissim quid accipiat, ex ea stipulatione consequi non potest: ex stipulatione enim stipulatori datur actio, non etiam promissori, qui nihil stipulatus est. ✝ Sane non ex emptione tantum, sed etiam ex stipulatione ei qui stipulatus est sibi et Titio, totum quod in stipulatum deductum est, debetur si quis stipuletur servitutem sibi et vicino. Hoc quidem in eo responsum est, qui in fundo vendendo servitutem sibi et vicino excepit. *L. proprium supr. com. præd.* Sed non minus idem probandum est, et si nullum fundum vendendo idem stipuletur ab alio, est enim servitus res natura ejusmodi, quæ divisionem non recipiant: ut proinde si quinde si quis hanc sibi stipulatur, non possit, quin stipuletur totam: ut et stipulando Titio, etiam totam intelligitur illi stipulari. 3

Ad §. *Si stipulatus fuero.*

Si stipulatus fuero de te, *Vestem tuam quæcunque muliebris est, dare spondes*? magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem promittentis id referri debeat: ut quid in re sit, æstimari debeat, non quid senserit promissor. Itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti, nihilominus debetur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatus vestem promissoris, quæcunque muliebris esset, an ex eo numero eam, quam promissor pro virili habuerit, recte petat.*
2. *Probatio voluntatis in proposito ab utro, et qua ratione fiat.*
3. *In legato vestis muliebris secus atque in stipulatione: et quæ diversi juris ratio.*
4. *De stipulationum interpretatione præceptum.*

1 Qui vestem promissoris, quæcunque muliebris esset, stipulatus est, omnem muliebrem recte petet; etiam si quædam fuerit ex eo numero, qua promissor fuerit uti solitus quasi virili, atque adeo quam pro virili habuerit: quippe usus ejus et opinio natu-

rum rei non mutavit: et ut Servius scripsit, non ex opinionibus singulorum sed ex communi usu nomina exaudiri debent. *L. Labeo, vers. Servius. supr. de sup. leg.* Quid ergo, si de ea non sentit promissor? sine dubio eam non debebit: stipulatio enim nisi ex utriusque consensu non valet. *L. inter*
2 §. 1. *supr. L. continuus*, §. 1. *infra eod.* Sed si dicat se de ea non sensisse, probare eum oportet: alioqui verbis stipulationis refellitur: et in re dubia nemo dixisse existimandus est quod non senserit. *d. L. Labeo, vers. Tubero, d. sup. leg.* Enimvero probabit dicet aliquis, ex eo, quod ea veste quasi virili perpetuo sit usus. Sed non est hoc satis: nihil enim prohibet eum tamquam virili usum esse ea veste, quam tam muliebrem esse sciret, et pro muliebri etiam haberet. Quinimo etsi habuerit pro virili: tamen nihil vetat, quominus muliebrem appellando, voluerit omnem comprehendi, quæ revera esset muliebris, etiam
3 si ipse forte in eo nomine erraret. † Videamus tamen, ne argumentum superius confirmetur in *L. inter, supra de aur. et argen. leg.* Nam si testator vestem suam muliebrem legaverit, negat illic Pomponius idem, qui et auctor est hujus responsi, eam vestem contineri legato, qua ipse quasi virili utebatur: hac ratione, quia non videatur, de ea sensisse. At quamobrem non videtur? adjicit unum hoc argumentum voluntatis, quia ipse pro virili utebatur. Quidni igitur dicamus et promissorem dum muliebrem nominavit, videri de illa non sensisse, qua ante quasi virili uti solitus fuerit, idque hoc eodem argumento satis probari, quod ille tanquam virili uteretur? In quo paulo plus difficultatis obiicitur, quam vulgo plerique putant. Etenim si quæreretur, an potius voluntas testatoris spectanda esset in legato, quam promissoris in stipulatione, non esset ratio differentiæ admodum obscura: cum legatum ex solius testatoris voluntate pendeat; stipulatio ex duarum consensu. Nunc autem hoc quæritur, an ideo quis existimandus sit sub appellatione vestis muliebris de aliqua muliebri non sensisse, quia ea tanquam muliebris non sit usus: quod argumentum voluntatis si admittitur in persona testatoris, non statim occurrit, cur non et in promissoris persona debeat admitti. Atqui hoc admisso statuendum est nec stipulationem valere in ea veste muliebri, de qua promissor non senserit. Sed dicendum est id argumentum in persona testatoris recte admitti in *d. L. inter:* ad promissorem autem produci non debere. Quod enim in testatoris voluntate coniicienda consuetudinem ejus sequimur, ut sequendam esse præcipitur in *L. si servus plurimum. §. ult. supr. de leg. 1.* recte fit: propterea quod nihil est in scripto testatoris, quod ei conjecturæ refragetur, cum scriptum ex alterius responsione certa non pendeat, ad quam id debeat deinde referri. At in promissore quominus eadem conjectura admittatur, refragantur ea quæ fiunt in stipulatione: stipulator enim certi et minime obscuris verbis interrogat de omni veste muliebri, et quidem ea gratia, ut in eam rem obligatio obstringatur: in eadem verba respondet promissor, et breviter ad interrogatum responsum accommodat, *§. præterea Inst. de inut. stip.* Certum hoc argumentum est, nisi quid eum adjuvet verbi ambigui in aliam sententiam significatio, videri eum in eam significationem, quæ allata est, et consensisse. Et vero id ita esse existimandum est: alioqui stipulatori, qui verba stipulationis recte et late concepit, et sibi cavit ex præscripto *L. quidquid, supr. eod.* summa fiet injuria, si promissori licebit postea aliud decidere ex iis, quæ verbis stipulationis manifeste continentur. Nam si quid excipere volebat, dicere debuit: si non fecit, ipsius culpa est, quam illi nocere æquum est. † In summa exemplo hujus loci 4
docemur, cum verba stipulationis ambigua non sunt, semper in re dubia verbis standum esse, etiamsi expediat promissori quædam ex generali verbo excipi: nec unquam locum habere illud, quod dicitur, verba contra stipulatorem interpretanda esse, nisi cum ambigua oratio est, quæ et pro stipulatore et pro promissore possit accipi, ut sit electioni locus. Congruit *L. non est supr. de trans. L. quidquid infr. eod.* ubi in hanc sententiam plura diximus.

Ad L. *Si stipulatus fuero.* 111.

Idem *lib. V.* ad Quintum Mucium.

Si stipulatus fuero per te non fieri quo minus mihi illa domo uti liceat: an etiam si me non prohibeas, uxorem autem meam prohibeas: vel contra uxore mea stipulata me prohibeas, an committatur stipulatio? Et satius est hæc verba sic accipi. Nam et si stipulatus fuero, per te non fieri quo minus mihi via, itinere, actu uti liceat: et si non me, sed alium nomine meo ingredientem prohibeas: sciendum erit committi stipulationem.

S U M M A R I A.

1. *Stipulatio hæc, Per te non fieri quominus mihi domo. aut itinere uti liceat, quibus prohibitis committatur. et n. 4.*
2. *Marito stipulante si prohibetur uxor, committitur stipulatio.*
3. *Itinere per quos utamur.*
5. *Lectio hujus legis.*

1 Stipulatus sum per te non fieri, quominus mihi domo. aut itinere uti liceat. Quoniam hic de me tantum aperte cautum est, nihil aperta de aliis: quæsitum est. an quibusvis aliis prohibitis, ne utantur, non committatur stipulatio, sed tunc solum, cum ipse recta prohibeor. Movet. quod nihil venit in stipulationem. nisi quod verbis palam expressum est. *L. quidquid, supr. eod.* nihil autem hic, ut videtur. cautum est de aliis. Pomponius docet etiam aliis prohibitis, interdum stipulationem committi. Quod autem ex iis exemplis, quibus utitur, colligere liceat, statuit, hanc sententiam, quam oporteat in universum teneri. stipulationem et tunc committi aliis prohibitis, cum ii prohibentur, aut sine quibus stipulator uti non potest, aut per quos ea re, de qua cautum est, utebatur. Utimur domo per nos ipsos: sed non possumus uti sine uxore ex familias, nisi iis carere volumus, quibus honeste non possumus. Quemadmodum nec uxor potest sine marito, nisi illi matrimonio carendum sit. *L.* 4 §. 1. *supr. de us. et hab. L. pen.*
2 *supr. de ser. leg.* †. Proinde marito stipulante si prohibetur uxor, stipulatio committetur: et contra stipulante uxore, si prohibetur
3 maritus, ut hic scriptum est. † Itinere utimur non tantum per nosmetipsos, sed etiam per omnes, qui nostro nomine ingrediuntur, mercenarios, hospites, colonos, quique ad invisendos nos veniunt: *L. usu, supr. quem. ser. am.* Proinde et his prohibitis committetur stipulatio, ut hic quoque responsum est. † Nec cum id dicimus, metuemus, ne 4
videamur statuere aliquid ex stipulatione deberi. præter, quam quod stipulationis verbis cautum sit; verbis enim de nobis non prohibendi cautum est: prohibemur autem non tantum recta per nos ipsos, sed etiam obliqua via per supra scriptas personas; ne forte objectionis diluendæ caussa ae obscuram aliquam, nec satis tutam ejus quod actum est, conjecturam hic confugiamus. ubi non sit necesse. Nam uxore prohibita. satis prohibeor, cum ea domo exclusa, mihi ea domo uti non licet: eo autem, qui meo nomine utebatur, prohibito, ideo quodammodo recta videor prohiberi. quia ego per illum utebar. Is enim possidet et utitur cujus nomine alius possidet. aut utitur. *L. quod meo, supr. de acq. pos. L.* 1. §. *is cujus, et* §. *pen. supr. de it. act. pr.* † Ait, *Et latius est sic accipi.* Sic 5
in Pandectis Flor. Legendum est, ut in aliis exemplaribus et *satius est,* pro, *verius est:* seu, *magis est;* quæ formulæ loquendi auctoribus nostris in respondendo sunt usitatæ. Nam illud *latius,* pro, *æquius,* seu eo quod non est ex stricto jure, primum inauditum est. Deinde sic accipi naturæ stipulationis repugnat: quæ cum sit stricti juris: *L. in actionibus, in fin. et L. seq. supr. de in lit. jur.* dici debuit in ea sequi nos debere. non quod latum est. et ex æquo et bono, sed quod nominatim verbis comprehensum: quod et aliis locis testatum est fieri debere. *L. quia, supr. de neg. gest.* §. *ult. Inst. de obl. ex cons.*

Ad L. *Si quis stipulatus sit.* 112.

Idem *lib. XV.* ad Quintum Mucium.

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet: et is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire, quærentibus, respiciendum erit sermo stipulationis: utrumne talis, sit, *Quem voluero:* an *quem volam*, nam si talis fuerit, *quem voluero:* cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit, si vero tractum habeat sermo illius, et sit talis, *quem volam:* donec judicium dictet, mutandi potestatem habebit.

SUMMARIA.

1. *In disiunlivis quandiu promissoris sit electio.*
2. *Stipulator, qui electionem sibi recepit, quandiu voluntatem mutare possit.*
3. *Verba hæc,* Quem voluero *et,* Quem volam, *cur diversum jus in stipulationibus efficiant.*
4. *Electione in rebus disiunctim legatis, quæ testatoris fuerunt semel facta, non est legatario voluntatis mutandæ potestas, quibuscunque verbis testator usus sit.*
5. *Reprehenditur sententia eorum, qui in hac electione interesse putant, utrum per damnationem, an per vindicationem quid legatum sit, quique promissorem, qui illud aut illud debet, heredi a quo illud aut illud relictum est, electione ei data, similem esse statuunt.*

1 Cum illud aut illud debetur, et quæritur, utrum is cujus fuit electio, postquam semel elegit, voluntatem possit mutare postea; placet hoc interesse inter promissorem et stipulatorem, quod promissor et mutare voluntatem potest, et potest quoties velit, quoad id, quod promissum est, solvatur: de quo diximus ad *L. qui ex pluribus* 106. *sup. eod.*
2 † Utrumque, autem diversum est in stipulatore, qui electionem sibi recepit, de quo hic scriptum est. Nam si ita dixerit Stichum aut Pamphilum, utrum *voluero*; uno semel electo, voluntatem in totum mutare non licet; sin ita, Stichum aut Pamphilum, *utrum volam*, placet quidem posse stipulatorem voluntatem mutare, sed dumtaxat *donec judicium dictet*, id est, usque ad litem contestatam. Hoc posterius quam rationem habeat,
3 docui ad *d. L. qui ex pluribus*. † Cur autem puteur interesse an promissor dixerit, *quem voluero*, an *quem volam*, hæc caussa est, quod his verbis, *quem voluero*, stipulator sibi excipit in præteritum eum, qui electus erit, non in futurum eum, qui quandoque eligetur. Itaque uno semel electo alterius deinceps eligendi potestas non erit: electi enim petitio dabatur, non eligendi. His autem verbis, *quem volam*, excipitur in infinitum, quem promissor volet posteà. Proinde et si unum aliquem elegerit promissor, tamen alium postea petet: quia dicet et post priorem electionem sibi relictam esse potestatem eligendi, quem volet: quod et nunc facit, cum alium iterum eligit. Denique hoc verbum, *volam*, non ad unam sequentis temporis voluntatem refertur, sed ad omnes, quæ sequentur postea etiam in infinitum: idque est, quod Paulus ad Senatusconsultum Orphitianum ad probandam hanc in filio mutandæ voluntatis potestatem, hæc verba extensiva esse ait, si nemo filiorum volet hereditatem suscipere. *L. filii, supr. ad Ter-*
tyl. † Sed hæc distinctio in rebus disiunctim 4
legatis, quæ quidem testatoris fuerint, locum non habet. Sive enim tacite electio est legatarii, sive hæc nominatim a testatore illi adscripta est, quibuscunque verbis testator fuerit usus; simul atque legatarius rem unam se velle dixerit, mutare amplius voluntatem non potest. *L.* 5. *supr. de leg.* 1. *L. apud, supr. de op. leg.* optima ratione, quæ redditur a Labeone in *d. L.* apud;

quia, inquit, *omne jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit; quoniam res continuo ejus fit, simul ac se dixerit*
5 *unam sumere*. † Res omnes legatæ cum hodie constitutione Justiniaoi ex omni genere legatorum pariter fiaot legatarii; *L.* 1. *C. com. de leg.* §. 1. *et seq. Instit. de leg.* certum est superiorem rationem, proinde et jus pertinere ad omnem speciem legati. Quapropter valde inepti sunt, qui hodie in hac electione rei legatæ interesse docent, utrum per damnationem quid legatum sit, an per vindicationem: ut si per damnationem, tum his verbis, *quod legatarius volet*, liceat legatario, et cum semel elegerit, voluntatem mutare: si per vindicationem, nullo modo liceat, sive testator dixerit, quod legatarius *volet*, sive, *quod voluerit*. Sed hoc ab illis dici non miror, qui hoc eodem loco scribere ausi sunt promissorem, qui illud aut illud debet, similem esse heredi, a quo illud relictum est, electione ei data, et ubi semel uterque de aliquo constituit, ei se dando obstringere, et jus statim stipulatori, vel legatario acquiri. Quo significant promissorem cum semel elegerit, statim ad id dandum, quod elegit obligari, nec postea mutare posse voluntatem. Nam et heredem constat, si unum elegerit, voluntatem postea mutare non posse. *L. statuliberum, in fin. supr. de leg.* 2. *L. hujusmodi. L. Stichum, supr. de leg.* 1. quasi non sint loci in medio dilucide scripti, quibus de electione et mutandi potestate promissoris contrarium ex professo traditum est. *L. qui ex pluribus, supr. et L. eum, qui certorum*, §. *ult. infr. eod.*

Ad §. *Si quis ita Stipulatus.*

Si quis ita stipulatus fuerit: *Pro centum aureis satisdabis?* et reum dederit in istam summam: Proculus, ait semper in satisdactionis stipulatione venire quod interesset stipulantis: ut alias tota sors inesset, veluti si idoneus promissor non sit: alias minus, si in aliquid idoneus esset debitor: alias nihil, si tam locuples esset, ut nostra non intersit satis ab eo accipere: nisi quod plerunque idonei non tam patrimonio quam fide quoque æstimarentur.

SUMMARIA.

1. *In stipulatione hac*, Pro centum aureis satisdabis? *aliud jus verba stipulationis faciunt, aliud stipulationis natura exigit.*
2. *Stipulatio superior faciendi stipulatio est, eoque id, quod interest stipulantis, continet.*
3. *Obligationis prædictæ duo effectus.*
4. *In stipulatione proposita quomodo accidat, ut stipulantis aut nihil, aut varie intersit.*
5. *In faciendi obligationibus promissor non præcise cogitur ad faciendum, quamvis facere possit.*
6. *Verbum*, Stipulatus, *hoc loco quomodo accipiendum.*

1 Promisit quis se pro centum aureis satisdaturum. Cum satisdare sit fidejussorem dare, et eum pro rei qualitate locupletem, ut creditori pro eo, quod petit satisfiat: *L.* 1. *L.* 2. *supr. qui satisd. cog. L.* 1. *supr. in jus voc. ut eant.* verba stipulationis faciunt, ut sive promissor non det reum, ut hic appellator, id est, fidejussorem; sive det, et quidem in eam summam, de qua cautum est, quod hic factum proponitur: sed non det idoneum, ut datum esse non idoneum intelligendum est, ut quæstio procedat; utraque de caussa statim cum promissore agi possit, et peti summa centum aureorum. Pomponius hic docet aliud naturam stipulationis exigere. Secundum hanc etsi promissor ita, ut supra scriptum est, non satisfecit, tamen neque semper cum eo agi posse: et si agi potest, non semper posse in solidam eam summam. † Id autem ita fieri 2
declarat: quippe hac stipulatio, satisdabis? faciendi stipulatio est in hoc genere si non fit, quod promissum est, placet venire in stipulationem id, quod interest stipulantis.

L. stipulationes non, vers. Celsus, L. si pœnam
3 *sup. cod.* † Ea obligatio dum efficit: unum,
ut si fidejussorem dari stipulantis non in
terest, non teneatur promissor, quamvis non
satisdet. Alterum, ut si intersit stipulantis
fidejussorem dari, tamen hactenus agi possit,
quatenus illius interest.

4 † Ac ne quis requirat, possit ne accidere,
ut in proposito stipulantis nihil intersit, aut
si quid interest, ut intersit varie; docet
utrumque; contingere posse, et quomodo
accidat, ostendit. Nihil stipulantis interest,
si debitor (intellige, principalis, quem et hic
promissorem nominat) sit locuples. Quod
non tantum ex patrimonio ejus et faculta-
tibus æstimandum esse vult, ut scilicet sit
solvendo, sed etiam ex fide; illic ut sit, qui
possit: hic, ut sit, qui velit solvere. Quid
enim, si sit homo dubiæ fidei, litium amans,
et contentiosus? E converso in totam sum-
mam debitam interest stipulantis, si pro-
missor non is, ut dixi, qui promisit satisdari,
sed principalis, in totum non sit idoneus.
Sed et alias minoris interest, si in aliquid
idoneus sit hic debitor. Idem Celsi respon-
sum est de hac specie in *L. si quis ab illo, supra, de re jud.* Hic sub una specie stipu-
lationis faciendi declaratur in universum,
quæ sit in hoc genere obligatio promissoris;
et simul confirmatur illud, quod pluribus
ostendi ad *L. stipulationes non, vers. Celsus,*
supra † neminem præcise cogi ad facien- 5
dum, quamvis possit facere: ut hic, qui
promisit se fidejussorem daturum, nunquam
tenetur, si non dedit, nisi in id quod interest
stipulantis: usque adeo, ut si stipulantis ni-
hil intersit, nulla sit actio. † *Ait, Si quis* 6
ita stipulatus fuerit hoc sic accipe: si quis
ita interrogatus fuerit, *pro centum aureis satisdabis?* ut sit hic *stipulatus* verbum
cummune sub passiva significatione. Appa-
ret enim ex sequentibus verba hæc referri ad
promissorem, non ad stipulatorem: cum
Pomponius hunc qui pro centum stipulatus
proponitur, subjiciat reum dedisse in istam
summam: quud est promittentis non stipu-
lantis: de quo usu verbi stipulor, plura
scripsi ad *L.* 5. §. *stipulatio. supr.*

Ad L. *Cum stipulatus sim.* 113.

Proculus *lib. II.* Epistolarum.

Cum stipulatus sim mihi, o Procule, si opus arbitratu meo ante Kalendas Junias effectum non sit, pœnam: et protuli diem: putasne vere me posse dicere, arbitratu meo opus effectum non esse ante Kalendas Junias: cum ipse arbitrio meo aliam operi laxiorem dederim? Proculus respondit, non sine caussa distinguendum est, interesse utrum per promissorem mora non fuisset quo minus opus ante Kalendas Junias ita uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur: an cum jam opus effici non posset ante Kalendas Junias, stipulator diem in Kalendis Augustis protulisset. Nam si tum diem stipulator protulit, cum jam opus ante Kalendas Junias effici non poterat, puto pœnam esse commissam: nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante Kalendas Junias fuit quo stipulator non desideravit id ante Kalendas Junias effici: idest, quod non est arbitratus ut fieret, quod fieri non poterat; aut si hoc falsum est: etiam si stipulator, pridie Kalendas Junias mortuus esset, pœna commissa non esset: quoniam mortuus arbitrari non potuisset, et aliquod tempus post mortem ejus operi perficiendo superfuisset. Et propemodum etiam si ante Kalendas Junias futurum esse cœpit, opus ante eam diem effici non posse: pœna commissa est.

SUMMARIA.

1. *Species legis, et dubitandi ratio.*
2. *Jurisconsulti in proposita quæstione distinctio.* et n. 4.
3. *Mora per promissorem non fuisse, quominus opus intra diem statutum perficeretur, duobus modis dicitur, et utra significatio huic loco conveniat.*
5. *Dilatio sequens, quæ stipulationis pars non fuit, conditionem obligationis, quæ ab initio fuit, non immutat.*
6. *Summa sententiæ Jurisconsulti in hoc responso.* et n. 14.
7. *Pœna jam commissa, prorogatio temporis debitori ad pœnam vitandam non prodest.*
8. *Census verborum Proculi:* Nam si tum diem stipulator protulit. etc.
9. *Pœnam, antequam dies venerit, non committi, etiam si ante certum sit fieri non posse quod debuit, quomodo accipiendum.*
10. *Objectio Proculi, ejusque dilutio.*
11. *Pœna non ex interpellatione creditoris, aut promissoris mora, sed ex conditionis eventu committitur.*
12. *Conditio hæc stipulationis,* Si arbitratu stipulatoris opus effectum non erit, *quid contineat, et quot modis ex ea stipulatio committatur.*
13. *Stipulatore in proposito non arbitrante, an et quomodo quid imputari possit promissori, ut pœna committatur.*
15. *Exceptio doli an stipulatori pœnam petenti obstet, si paratus sit promissor opus facere intra diem prorogatum, aut etiam si fecerit.*
16. *Stipulator diem proferendo, an factum elegisse videatur.*

1 Locavi insulam faciendam, et a redemptore operis de tempore ædificandi ita mihi cavi, ut stipularer pœnam, si opus arbitratu meo ante Calendas Junias effectum non esset. Deinde ne queri posset promissor sibi non esse satis temporis ad opus perficiendum, ante Calendas Junias diem protuli; id est, ut Proculus aliis verbis idem exprimit postea, diem operi faciendo laxiorem dedi, hanc proferens in Calendas Augusti: opus ante Calendas Junias effectum non est. Quæstio, an pœnalis stipulatio commissa sit quasi impleta conditione, nec quidquam prosit reo ad pœnam evitandam, quod diem protuli. Et si simpliciter promissa esset pœna hoc modo, si opus intra Calendas Junias factum non esset, non dubitem, quin pœna esset commissa: verum enim esset opus factum non esse intra Calendas Junias; quæ conditio erat pœnalis stipulationis, de quo paulo post plura. Nunc aut conditio ita concepta est, *si opus arbitratu meo effectum non sit intra Calendas Junias*, atque hinc ambigendi causa: unde et quæstio consultoris initio posita, videaturne hic conditio stipulationis exstitisse, cum non videatur dici posse opus factum non esse arbitrio meo, cum arbitrio meo contigerit, ne opus
2 intra tempus constitutum fieret. ÷ Proculus ita distinguendum esse respondet, ut intersit utrum cum stipulator diem protulit, per promissorem mora non fuisset, quominus opus ante Calendas Junias perficeretur; an vero jam tum constaret opus effici non posse ante Calendas Junias. De cujus distinctionis significatione, priusquam longius progredimur, non nihil dicendum est. Posterius quidem membrum dilucide scriptum est: intelligimus enim, quid sit opus intra Calendas Junias effici non posse. At prius ambiguam orationem habet: ex quo et ipsum et item posterius incidit in difficultatem. ÷ Duobus 3
enim modis, et his maxime diversis dici potest per promissorem mora non fuisse, quominus opus intra Calendas Junias non perficeretur. Uno, cum jam opus intra eas Calendas perfici non potest, sed quominus inchoaretur opus tempestive, per promissorem factum non est, quia vel tempestate prohibitus sit, vel vi hostium, latronumve. Altero modo priori contrario, cum adhuc opus effici potest intra Calendas Junias, et ob hanc ipsam caussam dicitur promissor adhuc in mora non fuisse perficiendi operis, quia etsi non statim opus post stipulationem interpositam inchoatum est; non tamen ita est cessatum, quin adhuc possit perfici intra eas Calendas. Utrum horum dicamus, ad utriusque membri distinctionem multum interest; proinde videndum, quid conveniat huic loco. Et prior significatio nullo modo convenit: nam si in priore quoque membro intelligimus opus jam fieri non potuisse intra Calendas, non distabit in hac re prius a posteriore; cum et in posteriore proponatur stipulator diem protulisse, cum jam opus effici non posset ante Calendas Junias: qua ipsa tamen in re apparet Proculum prius

membrum ab altero distinxisse. Restat igitur, ut hæc verba, *utrum per promissorem mora non fuisset, quominus opus intra Calendas Junias perficeretur*, sic accipiamus, utrum nondum inchoando operi mora facta esset, quia non ita esset in eo cessatum, quin adhue satis esset temporis ad opus intra
4 Calendas Junias perficiendum. † Quare si planius dicendum est, hæc distinctio est Proculi, referre in summa, utrum stipulator in proposito diem tunc protulerit, cum adhuc opus perfici posset intra Calendas Junias; an vero tunc, cum non posset. Hac distinctione posita, de posteriore tantum parte diserte respondet statuens die tunc prolato, cum jam opus effici non posset, pœnam esse commissam. De priore nihil aperte dicit, significans se putare id, de quo interrogatus erat, in hac specie vere dici, nimirum tunc pœnam non committi, opere intra Calendas Junias non perfecto, cum stipulator diem protulit eo tempore, cum adhuc intra eas Calendas opus perfici posset: in eaque re se admittere rationem consultoris, ut dicamus non posse videri opus intra Calendas Junias factum non esse arbitrio stipulatoris, cum ejus arbitrio dies ad opus faciendum prolata est. Idque ex antithesi posterioris membri facile potest intelligi: nam si tunc, cum opus perfici non potest, pœna committitur, quæcunque dilatio postea dabitur, eaque species distinguenda est ab ea, cum opus adhuc potest perfici, ut distinguendam esse Proculus proposuit: perspicuum est hanc ejus sententiam esse, ne, die tunc dilato, cum opus perfici potest intra Calendas, pœna intra eas, aut post eas committatur. Sed cum pœna promissa sit, si opus factum non erit intra Calendas Junias; verum sit autem intra eas Calendas opus factum non esse: quomodo negamus existente stipulationis conditione pœnam esse commissam: cum in pœna hoc solum inspiciendum sit, quæ sit quantitas, quæque conditio obligationis? *L. stipulatio ista. § alteri, in fin. supr.* neque enim dies postea prolatus efficere potuit, quominus verum sit opus postea intra Calendas Junias factum non esse, eoque et extitisse conditionem. Et si quidem conditio stipulationis propositæ simpliciter ita esset, si opus factum non sit intra Calendas Junias, jam dixi in universum admitti debuisse opere intra Calendas Junias non facto pœnam committi: quæcunque diei prolatio postea esset secuta:
5 quod et verum est. † Nam dilatio sequens, quæ stipulationis pars non fuit, conditionem obligationis quæ ab initio fuisset, immutare non potuit. arg. *L. 1. §. si quis simpliciter.* illic. *cum adjicitur*, supr. eod. Nunc autem conditio hæc fuit, si opus factum non erit arbitratu stipulatoris: proinde si ejus arbitrio opus factum erit, etiam ex verbis stipulatio non committetur. Factum est autem opus ejus arbitratu, cum ejus arbitrio factum est id, quod promissor voluit, si modo intra prolatam saltem diem possit adhuc opus perfici. Sed jam de altera parte distinctionis, de qua ex professo respondet Proculus, vi-
6 deamus. † Est autem hæc summa ejus sententiæ: si ante Calendas Junias stipulator diem protulit, sed tunc, cum jam certum esset opus perfici non posse intra eas Calendas, de quibus stipulatione comprehensum erat, nihil prodesse promissori diei prorogationem, quominus pœna committatur. Roget igitur statim quispiam, cur non et hic dicamus non extitisse conditionem stipulationis, cum arbitrio stipulatoris factum sit, ne intra Calendas Junias opus fieret, quemadmodum et priore casu committitur. Huic dubitationi occurrit Proculus, eum ita respondet, si tum diem stipulator protulit, cum jam opus ante Calendas Junias affici non poterat, pœnam esse commissam. Non dicit pœnam commissum iri postea: sed jam ante esse commissam.
7 † Si jam tum pœna commissa erat, vel hinc sua sponte intelligitur nihil proficere sequentem prolationem diei ad pœnam evitandam: semel enim constituta obligatio pacto tolli non potest. *L. obligationum fere*, vers. *placet, supr. prox. tit.* Atque hinc etiam sumi potest, quod ad utriusque partis distinctionem commodissime respondeatur. Cur enim quærat aliquis, cum opus adhuc effici potest intra Calendas Junias, et nihilominus stipulator longiorem dilationem dat, opere intra Calendas Junias non perfecto, tamen pœna non committitur? quia cum stipulator diem proferebat, pœna non erat commissa. Porro nova dilatione data effici potest, ut quæ commissa non est, in posterum non committatur; non existente videlicet propter novam dilationem stipulationis conditione, propter ea verba, *si arbitratu stipulatoris opus factum non erit intra Calendas.* At hic cum jam amplius opus effici non potest intra eas Calendas, posteaquam placet simul et pœnam statim esse commissam: non mirum, si prolato postea die, nihilominus eandem pœnam ut ante, sic et nunc commissam deberi dicimus. Prolatio enim diei, omnisque adeo conventio stipulationem secuta futuræ obligationi obstare potest, dum facit, ne existat conditio: natam autem jam ante obligationem perimere non potest. Quod si admiserimus, cum primum certum esse cœpit

opus effici non posse, jam tum pœnam non esse commissam, sed committi solum post Calendas Junias, ut quidam putant: fatendum erit etiam hoc casu nova dilatione data pœnam non committi post Calendas Junias, quamvis ante eas Calendas opus factum non fuerit. Semper enim verum erit arbitriu stipulatoris factum esse ante Calendas, quod factum est, si ille arbitratus est, ut intra laxiorem diem opus facere liceret. Itaque etiam si nihil esset in verbis Proculi hoc loco, unde intelligeremus pœnam statim esse commissam, cum opus intra Calendas Junias perfici non potuit: tamen ad recte distinguendas species distinctionis propositæ necessario intelligi oporteret, et aliunde huc
8 transferri. † Nunc autem id aperte exprimitur verbis Proculi: quid enim aliud significatur his verbis; *nam si tum diem stipulator protulit, cum jam opus ante Calendas Junias effici non poterat; puto pœnam esse commissam?* Hic non protulit diem stipulator post Calendas Junias: nam tunc nullus fuit dies, qui proferretur, cum dies constitutus jam præteriisset. Et certe si hic proponeretur post Calendas Junias nova dilatio data esse, sublata esset utroque casu dubitatio, et illa distinctio qua hic utitur Proculus; cum utroque casu daretur dilatio, tum cum constaret pœnam jam ante esse commissam. Protulit ergo sine dubio stipulator diem ante Calendas Junias: sed tunc, cum certum esset opus ante eam diem effici non posse; et tamen, ut ante monui, ait Proculus non commissum iri pœnam postea, sed in præteritum esse commissam. Aperte hoc idem expressit in extremo his verbis: *et propemodum etiam si ante Calendas Junias futurum esse cœpit opus ante eam diem effici non posse; pœna commissa est.* Adjecit *propemodum*; non quo significet nondum esse commissam: alioqui aperte dicere debuit commissam non esse, ne incertiorem relinqueret consultorem, quam accepit: sed ea forma, qua veteres in respondendo vitantes asseverandi arrogantiam uti soliti sunt, ut dicant, *prope est; magis est*, ut pœna sit commissa: aut certe innuens pœnam esse commissam jure, ut debeatur, non tamen perfecte, ut mox dicam. Sed prius magis placet. Quare non recte quidam negant hoc dici a Proculo. Nec vero temere est, cur laboremus in ea sententia demonstranda, aut eam tantopere retinendam putemus: cum, ut ostendimus, hujus responsi ratio posita sit tota in ejus sententiæ confirmatione. Nun nego etiam tunc, cum multo ante Calendas Junias certum esse cœpit opus intra eam diem effici non posse, tamen non posse pœnam peti ante Calendas Junias, ut est in *L. illa. 8. supr. eod.* Sed nihilominus statim et ante diem stipulatio est commissa, ut ibidem diserte scriptum est. † Nam quod quibusdam 9
locis traditur in hoc genere pœnam ante quam dies venerit, non committi, etiam si ante certum sit fieri non posse, quod debuit: et quod idem valet, pœnæ promissæ diem cedere post Calendas faciendo operi præstitutas, ut *L. insulam. 124. infr. L. stipulationes non, §. ult. supr. eod.* Utrumque sic interpretandum est, ut intelligamus non committi pœnam, seu ejus diem non cedere ante Calendas cum effectu: propterea quod ante conveniri reus promittendi non potest, ut expressum est in *d. L. stipulationes non, §. ult. supr.* Neque hæc in hac re nova videri debet interpretatio. Nam et in *L. eum, qui Calendis. §. ult. supr.* absolute scriptum est, diem obligationi adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur; et in summa ante diem pecuniam non deberi. Quod omnes sic accipiendum esse confitentur, ut sit sensus ante diem non deberi cum effectu, quia ante peti non potest; sed nihilominus et ante constat deberi saltem natura, neque id sine alio effectu. *L. centesimis. supra, eod. § omnis, Instit. eod.* † Cognoscendum est au- 10
tem, quid sit illud: quod sibi objicit Proculus adversus superiorem sententiam, in quo ille diluendo laborat in illis verbis, *nec ad rem pertinere*, et deinceps. Neque enim qualis sit objectio, aut quid respondeat satis intelligitur. Objectio est hujusmodi: cum ante Calendas Junias profertur dies faciendi operis in Calendas Augusti: constat exinde esse aliquod tempus, quo non desideravit stipulator a promissore, ut intra Calendas Junias opus perficeret. Quid dicimus, quo non desideravit stipulator, ut opus fieret? imo vero quo nec potuit desiderare propter a se prolatum diem: proinde esse id tempus, inquit Proculus, *quo non est arbitratus stipulator, ut fieret, quod jam fieri non poterat.* Adde etiam, quo nec potuit arbitrari eadem de caussa: nec quidquam addit præterea Proculus. Sed quid inde efficitur adversus superiorem sententiam? quæret aliquis: non enim videtur hinc quidquam effici posse contra ne probabiliter quidem. Et plane nihil efficeretur, nisi adversarii, qui id objiciebant, hoc sumerent videri stipulatorem ex superiore stipulatione arbitrari semper debere et desiderare, ut opus fiat ad hoc, ut pœna committatur: quasi illis verbis, *si arbitratu stipulatoris opus factum non esset,* hoc significaretur, si arbitratu stipulatoris

præcedente factum non esset, atque ita si ille prius arbitratus non esset. Quo admisso recte sic colligitur; si in proposito id stipulator non fecit, ac ne potuit quidem propter conventionem, hac de caussa stipulatio pœnæ non est commissa. Respondet Proculus nihil ad rem pertinere, quod stipulatuc aliquo tempore ante Calendas Junias nec desideravit nec arbitratus est, ut opus fieret. Quo significat non id falsum esse, sed ex eo non effici pœnam in proposito commissam non esse. Non quod illis omnibus concessis, quæ supra posuimus, non recte id colligatur, ut ostendi, sed quia non est satis stipulatorem aliquo tempore non esse arbitratum, ut opus fieret, nisi etiam ex stipulatione id desideraro et arbitrari debeat: quod Proculus vult intelligi falsum esse, et ad id probandum ratio sequens ab illo subjecta pertinet. Alioqui eveniet, inquit, ut si stipulator etiam qui diem non protulit, moriatur pridie Calendas Junias, pœna non committatur; quia saltem eo die fuerit aliquod tempus, quo stipulator non arbitraretur opus fieri: quod est absurdum; cum certissimum sit eo momento temporis opus perfici non posse. Sed quoniam et hoc aliquis negare potest esse absurdum, vera ratio, cur non cogatur stipulator ex proposita stipulationo desiderare a promissore, ut opus faciat ad pœnam com-
11 mittendam, hæc tenenda est. † quod pœna non ex interpellatione creditoris, aut promissoris mora committitur, sed ex conditionis eventu. Exstitit autem conditio in hac specie, si opus intra Calendas Junias factum non est, quamvis nullo unquam tempore arbitratus fuerit, seu desideraverit stipulator, ut opus fieret: proinde et non desiderante aut arbitrante eo pœna committetuc. Idque evidenter ostendit hæc conditio stipulationis, *si arbitratu stipulatoris opus ef-*
12 *fectum non erit.* † Hæc enim conditio duplex est, continetque hæc duo, si opus factum non erit, et, si factum non erit arbitratu stipulatoris. Quibus verbis duo desiderat stipulator: unum, ut opus fiat primum a promissore: alterum, ut ita fiat, ut opus deinde probetur stipulatori. Proinde non solum ex ea parte committetur stipulatio, quod arbitrato stipulatoris opus factum non fuerit, quod contingit, ubi ille opus factum non probavit: sed etiam ex hac parte et quidem maxime, si opus omnino factum non erit, quod stipulator arbitrio suo posset pro-
13 bare. † At enim, inquiens, non potuit opus fieri stipulatore non arbitrante: quod si hic recipitur, nihil est, quod imputetur promissori, si illo non arbitrante non fecit, quod non potuit, et vero hoc casu pœna committi non potest, *L. multa, sup. de cond. et dem.* Quod totum quidam confitentes, ideo in hac specie fingi volunt stipulatorem esse arbitratum: quod hic factum esse disertis verbis Proculus negat cum ait, aliquod esse tempus, quo reus non sit arbitratus. Sed nihil minus verum est, quam hic non potuisse opus fieri stipulatoro non arbitrante, ut modo ostendi: non quod non eveniat interdum, ut si is, in cujus arbitrium conditio collata est, non arbitretur, evanescat pœna, si debitor non fecit, quo ex alieno arbitrio non potuit: sed quia id tunc contingit, cum opus debituri nominatim injungitur ad eam formam, quam alius arbitrabitur, ut fit in dicta *L. multa;* hic enim cum forma et exstructio operis pendeat ex alieno arbitrio, et eo quidem extranei: hoc non præcedente, ut non est per rerum naturam, quod promissor possit facere; ita illo non faciente pœna rei impossibilis non committitur. *L. si homo. supr. eod. L. in testamento. 27. supr. de cond. et dem.* At hoc non ita fit in specie proposita, ut enim cecte Bartolus sensit, designatum hic erat opus certi generis, et certæ formæ jam ab initio, veluti insula certæ speciei: ut cum de specio ipsa facienda convenisset, ideo nec in ea designanda alio arbitrio stipulatoris esset opus. Ille quidem cogitur ita fingere ut ista conciliet: nihil enim audet de eo affirmare. Sed nihil est, quod admodum laboremus in eo probando. Hujus rei certissimum argumentum est, quod hic stipulatione ipsa certus dies præstitutus est operi faciendo, puta Calendæ Juniæ. Hoc amplius; quod is dies deinde prolatus est promissori. Horum utrumque fieri non solet, ac ne fieri quidem potest nisi stultissime, nisi certum opus sit ab initio constitutum: ex operis enim qualitate æstimatur tanto tempore opus ad eum efficiendam, quantum vel ab initio datum, vel postea prorogatum est: neque enim omnia opera eandem dilationem desiderant. At cui bono tandem nullo certo opere designato, diem certum promissori ad faciendum dare, aut prorogare? potest enim opus postea institui ejusmodi, quod multo longius tempus desideret: hic brevius dari inutile est. *L. insulam, §. 1. supr. loc.* potest contra opus esse ejusmodi, ut potuerit intra brevius tempus perfici: hic vero longius dari, supervacuum. Erat ergo, ut dixi, opus certæ speciei et formæ hic designatum; ut proinde ad id designandum non expectaretur aliud arbitrium stipulatoris. Sed cum de specie certa convenisset, non satis habuit stipulator id

opus fieri: sed voluit etiam fieri non vitiosum, et ob id cavit, ut bonitas ejus sibi a promissore approbaretur, ut fit in specie *L. ea lege*; §. 1 *supr. loc.* idest, ut opus, arbitratu suo, idest, boni viri fieret, ac nisi ita factum esset; pœnam stipulatus est. In quo manifeste id actum est, non ut arbitrium stipulatoris præcederet extructionem operis, sed ut sequeretur ad bonitatem operis facti æstimandam. † Summa hæc jam sit; cum stipulatur diem tunc protulit, cum jam opus ante Calendas Junias effici non posset, pœnam exinde esse commissam. Nec ad rem pertinere, quod stipulator ex illo nec desideravit, nec arbitratus est ante Calendas, ut opus fieret; quia ad pœnam committendam nihil horum facere ex stipulatione necesse habuerit. Nisi quis dicat, cum stipulator diem protulit remisisse eum promissori faciendis operis instantiam, eoque nec fuisse deinceps promissorem in mora, si postea opus non fecit intra Calendas Junias. *L. mora, supr. de usur.* Sed parum refert, quid secutum sit post diei prolationem, si jam ante ob præcedentem moram pœna commissa erat, ot commissam esse dicimus: moræ purgatio obligationem stipulatori jam quæsitam auferre non potuit, ut docuimus ad *L. si servum, §. sequitur, supr.* Ergo hoc manebit pœnam hac ipso jure commissam esse, quam nulli diei prorogatio abstulerit. † Sed si paratus sit promissor opus facere intra Calendas Augusti, qui dies ille prorogatus est, aut etiam si intra id tempus fecerit, an non exceptio doli stipulatori pœnam præsenti obstare debeat, quæsitum est. Ego quin obstet, non dubito: quod et vulgo receptum est, etsi non omnes pariter rem expediunt. Sed apparet in prorogatione diei placitum inesse proinde ei conventionem, qua placet stipulatori, ut liceat promissori intra prolatum diem opus facere, simul et faciendo, idest, id solvendo liberari. Ex quo exceptionem parti esse adversus eum, qui contra petat, certum est: proinde si doli, §. *præterea. Instit. de exc. L. 2. §. item, supr. de dol. exc.* Nam quod dicitur, stipulatorem alterutro contentum esse debere, aut opere, aut pœna; *L. rescriptum, §. si pacto, supr. de pact.* nihil ad rem pertinet: non enim agimus de eo, qui utrumque consequi velit, sed de eo qui eligat pœnam. Hanc si consequitur, quin hac contentus esse debeat, nemo negat, nisi aliud convenerit. Sed hoc quæritur, an ne hanc quidem consequi possit invito promissore: ac dicimus eum consequi non posse obstante doli exceptione. In quo potius refellimur superiore loco, in quo electio stipulatori tribuitur. Sed prius factum elegit, inquies, cum diem protulit, et ideo postea variare non potest, ut nunc pœnam petat. † Et quomodo dici potest stipulator diem proferendo operis effectionem elegisse, cum prius nec factum deberetur, nec esset in solutione, sed sola pœna, quæ commissa erat? Hic vero stipulator non magis factum eligere dicendus est, quam recte dicatur aliud eligere, quam pœnam si paciscatur, ut aliud promissori solvere liceat. Itaque non magis ad rem facit, quod adducitur ad confirmationem hujus sententiæ de lege promissoria, videri nimirum venditorem renunciare huic legi, si hac commissa pretium eligat. *L. pen. supr. de leg. commis.* sic enim declaratur rebus integris esse in ejus potestate, utrum petat pretium ex vendito, an vero legem commissuriam exerceat. Id quod potius videri possit ad stipulatorem pro ipso transferri debere, ut quoniam ei opus præstari debet, aut pœna, possit is eligere utrum velit. Nam tunc, cum diem protulit, factum elegisse non recte dici potest, cum una pœna, quæ commissa erat, ei debebetur, et electio non cadat, nisi in res plures ante disiunctim debitas. Sed hoc ita est, ut dixi: pœna semel commissa, si dies deinde profertur a stipulatore, non electio facti debitorem liberat per exceptionem, sed stipulatoris conventio, non secus, quam si convenisset, ut quidvis aliud pro pœna liceret solvere.

14 15 16

Ad §. *Cum venderet.*

Idem Proculi responsum cum eo, quod ex eodem refertur in *L. proæ.* §. *ult. supr.*

Ad L. *Si fundum.* 114.

Vide de hac specie, quæ diximus ad L. *si filiusfamil.* 78. §. *ult. supr.*

Ad L. *Ita stipulatus.* 115.

Papinianus *lib. II.* Quæstionum.

Ita stipulatus sum: *te sisti in certo loco: si non steteris quinquaginta aureos dari spondes?* Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres: imperfecta erit stipulatio: non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis, numeri, mensuræ, stipulatus essem: vel insulam ædificari, non demonstrato loco, vel fundum dari, non adjecto nomine. Quod si ab initio id agebatur, ut quocunque die sisteres: et si non stetisses, pecuniam dares, quasi quælibet stipulatio sub conditione concepta, vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.

SUMMARIA.

1. *Stipulatia hæc, Te sistes Lugduni, cum id actum est, ut certo die sisteres, et tamen per errorem dies in stipulatione omissus est, an valeat.* et n. 5.
2. *In stipulatione omissum qualenus habeatur pro expresso. et n.* 4.
3. *Certum duabus modis intelligitur.*
6. *Stipulatia damni infecti etiam die in ea per errorem omissa valet.*
7. *L.* de die in pr. supr. Qui sat. cog. *declaratur.*
8. *Regula generalis de die in stipulationibus tam conventionalibus, quam prætoris omisso.*
9. *In testamentis, si testator diem aut conditianem institutione vel legato se adjecturum declararit, etsi postea non adiiciat, institutio tamen et legatum valet, et cur non idem in stipulationibus sit receptum.*
10. *Stipulatianum comparatio a Papiniano hoc loco instituta, quamodo sit accipienda.*
11. *Stipulatio vini, frumenti, et similis, rei quæ pondere, numero, mensurave constat, sine certæ mensuræ ponderis, aut numeri adjectione est inutilis: extra quam si paret de certa quantitate actum esse, aut sententia et vi verborum eandem intelligitur.* n. 14.
12. *Stipulatio, Insulam ædificari, non adjecto loco, cur inutilis.*
13. *Stipulatio fundi non adiecto nomine an inutilis.* et n. 19.
15. *Stipulatio dotis, quam pater filiæ nomine promittit non demonstrata quantitate, cur valeat.*
16. *Legatum pecuniæ ad viæ certæ tutelam vel refectionem relictæ, certa quantitate non adjecta valet.*
17. *Annuæ pecuniæ, etsi non expressa summa, legatum valet.*
18. *Uxori vino, oleo, frumento, aceto, melle, salsamentis nulla adjecta quantitate relictis, vinum, oleum etc. quæ in bonis suis testator habuit, legata videntur.*

20. *Causæ inter alios multas duæ, ob quas imperfecta et inutilis est stipulatio.*
21. *In stipulationibus his, De sistes Lugduni? Si non stiteris, decem dabis? an pariter cum priore posterior pœnalis non valeat non adjectio die quo sisteres, cum de certa adiiciendo convenit, et quæ ratio.*
22. *Stipulatio pœnalis stipulationi insulæ ædificandæ, non demonstrato loco item stipulationi fundi non adjecto nomine, subjecto an valeat.*
23. *In specie proposito si id actum sit, ut quocunque die promissor sisteret, utraque stipulatio valet.*
24. *Stipulatio pœnalis hæc, Si Lugduni non stiteris, decem dabis? quando committatur.*
25. *Stipulatio omnis sub conditione in non faciendo concepta, quando committatur distinctio generalis.*
26. *Distinctionis superioris ratio.*
27. *Excipiuntur a priori parte promissæ distinctionis casus tres.*
28. *A posteriori distinctionis parte casus exceptus.*
29. *L.* Nuda, C. de contr. stip. *explicatur.*
30. *Ex stipulatione ejusmodi: Pamphilum dari spondes? Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes? an ob Pamphilum, non datum pœno statim adversus promissorem jure committatur.*
31. *Pœnali stipulatione an principalis obligatio novetur.* et n. 33.
32. *Penu hoc modo legato: Heres meus penum dato, si penum non dederit, centum dato, cur non penus, sed sola centum debeantur.*
34. *Stipulatione posteriori hodie ex constitutione Justiniani nullis in causis novatio prioris obligationis facta intelligitur, nisi nominatim dictum sit, posteriorem stipulationem novandi animo interponi.*
35. *Pœnali stipulatione commissa utrumque debetur, ac peti potest, pœna scilicet, et quod principali obligatione continetur.*
36. *Pœnali stipulatione commissa, an utrumque simul exigi possit, an vero alterutro stipulator contentus esse debeat.*
37. *Electio in pœnali stipulatione stipulatoris est utrum petat, non promissoris, ut in disiunctivis utrum solvant.*

Proponitur hoc stipulationis genus, te sistes Lugduni? si non stiteris, decem dabis? in quo ut duæ sunt stipulationes, ita de utraque disserit Papinianus. De priore tractat, an valeat; quia non sit adiectum, quo die sisteres. De posteriore plores sunt quæstiones; quas tunc proponam et exsequar
1 commodius, cum de priore dixero. † De ea ita Papinianus statuit, si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfectam esse stipulationem: id est, nullam seu inutilem. *L. in conditionibus, supr. de contr. empt. L. si aliquis, supr. de mor. cau. don.* sic enim accidit in rebus omnibus, quæ certa forma constant, ut in his non prius res non dico valere, sed ne esse quidem incipiat, quam acceperit propriam formam: hæc autem, ex consummatione contingit. *L. si is, qui §. ult. supr. ad leg. Falc.* Cui sententiæ varii loci opponuntur: quibus ostenditur in summa, si actum sit, ut aliquid adiiciatur vel stipulationi vel legato, et id per errorem omissum sit, aut haberi debere pro adjecto, aut si pro omisso habetur, saltem id quod
2 principaliter gestum est, valere. † Habetur pro expresso, si de re certa actum sit; ut si triticum dari stipulatus sit aliquis, et de tritico certi generis et certæ quantitatis contrahentes senserint, de quibus tamen non sit cautum verbis stipulationis. *L. triticum, supr. eod.* Quidni igitur et habeatur pro expresso dies, quo actum sit, ut sisteres? nam ut certo die sisteres, actum est, ut hic proponitur. Et vero de die idem probandum est, quod de cæteris rebus. Sed cum de re certa, de die certe agi dicimus; † certum duobus 3
modis intelligi potest; vel ut dicatur certum, quod jam nunc certum est, quia designatur conventione in præsentia; vel ut dicatur certum, quod in futurum tale esse voluit contrahentes, cum aliquid sequetur postea: quia tum designabitur, et fiet certum, et in summa, quod destinatione contrahentium certum est. Ut, cum hoc loco dicitur actum esse, ut certo die sisteres, non hoc intelligitur actum esse de die certo, qui nunc designatus sit, quo die postea sisteres; sed actum esse, ut sisteres certo die, sed qui designaretur postea in stipulatione. † Si de re 4
certa ita actum sit, ut intelligatur ea, quæ jam tum, cum de ea agebatur, certa designata est; hæc illa est, quæ in dicta L. *triticum, supr.* habeatur pro expressa. Nec dubium est, quin et in die hoc eveniat, ut si quo certo designato actum sit, ut eo die sisteres, is quoque dies pro expresso haberi debeat, etsi postea in stipulatione per erro-

rem sit omissus. Quod si de re ita agetur, ut designetur postea in stipulatione; si id factum non est, etiam ibidem traditum est in extremo inutilem esse aliis quoque in re-
5 bus stipulationem; † Id vero ipsum de die omisso, quo actum erat, ut sisteres, hoc loco a Papiniano confirmatur: ut nihil sit his locis inter se magis consentiens. Et merito hoc die non expresso stipulatio est inutilis: nam sistere se nisi aliquo certo die per rerum naturam nemo potest: quo autem die se sistat ex stipulatione non habet, qui in certum aliquem diem non consensit. Sed nec stipulator ante agere potest, quam prælerierit is dies, quo se promissor sistere debuit. At is dies nullus est: certe non is, de quo recte possit dicere promissor se de eo non sensisse. Contra quam si affirmet stipulator, ipsum probare oportet: quod nonquam facere poterit. Ita inutilis est stipulatio, cujus et præstatio promissori est impossibilis, et petitio
6 stipulatori procedere non potest. † Imo etsi dies ex futura designatione pendeat: tamen proferuntur stipulationes quædam, quæ et hoc die omisso nihilominus putentur valere. In hoc numero est stipulatio damni infecti, qua stipulamur a vicino domino ruinosarum ædium, quod damni nobis datum erit, si ædes ruant. Nam de die hujus stipulationis ita scriptum est in *L. si finita. in pr. supr. de dam. inf. si sine adjectione diei stipulatio fuerit interposita; siquidem consulto et ex conventione dies omissus sit, quandocunque fuerit commissa, ex stipulatione semper agi posse: si vero per errorem, magis esse illud dicendum, finito die, in quem alioquin caveri solet, desiderandum esse a Prætore ut liberetur.* Profertur etiam in hoc genere ipsa judicio sistendi stipulatio: quoniam de ea ita scriptum est in *L. de die. supr.* qui sat. cog. *de die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire; si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse moderato spatio de hoc a Judice statuendo.* Sed nihil hæc ad rem pertinent. Nam ut de singulis respondeam ordine, in nnn observamus primum in stipulatione damni infecti agi de die, non ex quo obligatio incipiat, et ex quo agi possit: sed de eo, ad quem usque possit agi sua in quem obligatio alioqui pure contracta finiatur? ait enim Ulpianus, *finito die in quem alioquin caveri solet*, idest, ad quem usque duret obligatio, et post quem non teneatur amplius promissor, desiderandam esse a Prætore, non ut stipulatori agere liceat, ut hic quærimus, sed ut promissor liberetur. Hoc intellecto, ne putemus, quod dicitur eo die per errorem omisso nihilominus stipulationem valere, et hujus diei æstimationem Prætori committi; id quidquam obstare huic loco, sive stipulationem sistendi caussa hic interpositam interpretemur esse conventionalem tantum, sive esse prætoriam, ut est tunc, cum judicio sistendi caussa interponitur. *L. 1. vers. communes. infr. de præt. stip.* Hic enim agimus de eo die adiiciendo, ex quo incipiat, non autem ad quem, cum semel cœperit, duret obligatio; volumus enim eum diem adiici, quo sistat promissor et ex quo nisi sistat, pecunia ab eo exigatur. Uter ex his diebus omittatur, ad vim stipulationis multum in omnes partes interest; ut profecto nihil hæ species inter se habeant commune. Nam cum is dies est, ex quo obligatio contrahi debuit; si is per errorem omittitur, jam a principio non contrahitur obligatio; ac nec potest, cum agi ex stipulatione non possit: non enim potest agi, nisi aliquo die: is autem nullus est, cum sit omissus, et id actum sit, ne alio die qoid fieret, quam qui communi consensu designaretur in stipulatione. At cum obligatio sine die ab initio contrahitur, verum id agitur, ne sit perpetua, sed constituatur usque ad diem, post quem finiatur: tantum abest, ut hic omissus obstet stipulationi, quæ jam ante recte contracta est, ut potius ejus omissio perpetuam stipulationem faciat, quæ dia adiecto potuisset finiri saltem per exceptionem. *L. obligationum. fere. vers. placet, supr. prox. tit.* Itaque non est dubitatum unquam, quin ejusmodi stipulatio valeat, sitque ex ea actio stipulatori: sed quæritur de promissore, an huic succurri debeat, ne diutius teneatur, quam æquum est, et quis huic rei statuat modum: placetque ei succurrendum, et Prætorem finito eo die, in quem caveri solet, curaturum, ut liberetur. † Quod 7
autem attinet ad *L. de die. supr. qui. sat. cog.* quid est ineptius, quam non tantum eum locum pro contrario citare, sed etiam vehementer sudare in eo conciliando, quem appareat non in dissimili tantum, sed etiam in contraria specie versari? Aperte enim illic agitur de die ponenda in stipulatione judicio sisti. Ergo de stipulatione nondum contracta, sed de contrahenda: in qua, cum vellent contrahentes diem adiici, quo reus se judicio sisteret, neque inter eos de ea conveniret; quærebatur, ex cujus voluntate de eo statuendum esset a Prætore, stipulatorisne, an rei. Ex quo licuit tria hæc perspicere; primum non posse di-l illic in stipulatione diem esse omissum, ubi stipulatio adhuc nulla esset; deinde multo minus diem videri debere esse omissum per errorem, ubi videamus con-

trahentes sedulo id fore operam, ut si dies adjiciatur, et de eo contendere: postremo utraque de caussa non posse dici illic stipulationem esse inutilem, cum nondum ulla esset interposita, et in ea non esset dies omissus, cujus omissio vitiare posset stipulationem. Quid autem hoc loco? contraria omnia in stipulatione. Agitur enim de ea, et quæ erat interposita, et interposita omisso die, qui in ea adjici debuit, et quam ob id imperfectam
8 esse recte dicimus. † Nihil igitur verius, quam in stipulationibus diem omissum efficere, ut sit inutilis stipulatio, si cum convenisset, ut certo die, qui postea designaretur in stipulatione, promissor quid faceret, is dies in stipulatione per errorem sit omissus. Parumque retulerit, utrum conventionalis sit stipulatio, ut Lugduni sistes; an prætoria, ut judicio sistes? quæcunque enim stipulatio futura est, non potest valere sine consensu: non est autem consensus in die, quo sistere promissor debeat, si dies per errorem omissus
9 est. † Aliud placuit in supremis voluntatibus. Nam si testator diem aut conditionem, aut aliquod aliud temperamentum institutioni vel legato adjicere constituerit: quod et se velle aliqua parte testamenti declaravit: si id postea non adjiciat; nihilominus et institutio et legatum valet: veluti, si ita scripserit, ille heres esto secundum conditiones infrascriptas. *L. pen. C. de inst. et subst.* Aut si hoc modo, illos vicos do lego secundum eos fines, quos postea significabo; et morte præventus nullos fines significaverit. *L. cum pater, §. ult. supr. de leg.* 2. Cur ergo in stipulationibus non idem admittimus? quia alius sensus est contrahentium his omissis: alius testatoris, cum prius ambo de illis adjiciendis cogitassent. Testator, cum hæc non adjicit, non per errorem omittere intelligitur, sed quia noluit, seu quia adjiciendi propositum remisit: potuit enim adjicere si vellet. Non adjecit: noluit igitur. Idque eo magis existimandum est, quod testantis interest, certe ad judicium ejus pertinet institutionem et legatum aliquo modo valere potius, quam nullo. Itaque etiam hoc modo in re dubia voluntas accipitur, ne legatum intercidat. *L. cogi, 1. resp. supr. ad Treb. arg. L. in testamentis, infr. de reg. jur.* Non sic mens est contrahentium, ut cum initio de die adjiciendo, quo promissor se sisteret, inter eos convenisset, hoc in stipulatione omisso, existimandi sint eum omisisse muto consensu, ac non per errorem: quoniam ipsorum interest diem non remitti. Stipulatoris quidem, ut eum diem habeat, de quo cogitavit ad conveniendi rei, aut cum eo agendi commoditatem: promissoris autem, ne secum agi possit, si nullius dies certus stipulatione fuerit constitutus.

† *Non secus, ac si quod pondere*) Ne quis 10
comparationem hanc sic accipiat, quasi quæ subjiciuntur stipulationes tres priori similes sint, quasique earum argumento Papinianus utatur ad priorem sententiam confirmandam de die omisso. Solum huc spectat comparatio, ut ostendatur propositam stipulationem die per errorem omisso non magis valere, quam quæ subjiciuntur, quas tamen non valere inter omnes convenit: cæterum re ipsa valde sunt dissimiles, nec similibus de caussis posteriores istæ improbantur. Dissimilitudo in re hæc manifesta est, quod quæ subjiciuntur, in totum non valent, sive ea, quæ ad vim stipulationis pertinentia in his omittuntur, consulto omissa sint, sive per errorem: cum hæc stipulatio, Lugduni te sistes? ita demum die omisso imperfecta sit, si dies per errorem fuerit omissus. Quæ eadem ex re intelligi potest, longe diversis de caussis hæc ipsa genera improbari: alioqui futurum erat, ut iisdem caussis obstantibus æque et proposita stipulatio die omisso rejiceretur sine exceptione. Et res ita habet: stipulatio hæc, te sistes Lugduni? ideo die omisso inutilis est: quia deest consensus in re ad præstationem rei promissæ necessaria. Ideo si dies omissus sit consulto, dum id agitur, ut quocumque die sisteres, placet stipulationem valere, nimirum propter consensum. Quæ autem subjiciuntur stipulationes, cum non valeant, etsi in his quantitas, locus, fundi nomen consulto adjecta non sint, apparet omnino non rejici eas, quia non sit in eam omissionem consensum, sed quia aliquid aliud obstet stipulationi. Obstat vero inutilitas præstationis, quæ superioribus rebus omissis statuitur stipulatione: cum scilicet res aliquæ ita promittuntur, ut pro ea potestate quæ verbis stipulationis promissori tribuitur, res propemodum nullæ sint, certe sint tales, quas non expediat stipulatori ita præstari, ut sunt promissæ. Quod in his tribus stipulationum generibus accidit, quæ sequuntur. † Nam primum quæ pondere, 11
numero, mensura constant: ut aurum infectum, pecunia numerata, triticum, vinum, et his similia, ejusmodi sunt ut his sine ponderis, numeri, mensuræ adjectione promissis, possit quidem ex ea stipulatione aliqua esse præstatio; sed tamen ea quantitate, ut præstatio ipsa sit inutilis, ac propemodum ridicula. Stipulatus sum, a te aurum dari: liceat tibi dare vel aciculam, aut scrupuli pondus. Pecuniam numeratam dari: vel

unum obulum dando libereris. Triticum dari: si vel unum granum dederis, satisfit stipulationi. Vinum dari; cyathi mensuram si dederis, vinum dedisti. Quæ præstationes etsi sunt per se inutiles, magis tamen nescio quomodo ridiculæ videntur. arg. *L. si do-*
12 *mus. supra. de leg.* 1. † Si quis stipuletur insulam ædificari non adjectu loco, hæc quoque inutilis stipulatio est. *L. qui insulam, supra, L.* 2. §. *si quis. supra. de eo quod cer. lo.* quia ex hac stipulatione liceat promissori ædificare insulam etiam in alieno solo: hoc autem stipulatori inutile: quod enim in alieno ædificatur, id domino soli acquiritur, non stipulatori. *L. adeo.* §. *ex diverso; supra, de acquir. rer. dom.* Et hoc est, quod dicitur in dicta. *L. qui insulam, supr.* eum, qui insulam fieri stipulatur, ita demum sibi acquirere obligationem, si et appareat quo loco insulam fieri voluerit, et præterea ibi insulam fieri intersit ejus. Sic ejus interest, si vel stipuletur fieri in suo, vel in alieno quidem, sed ubi ipse prius insulam faciendam promiserat, aut conduxerat. *L. stipulatio ista,* §. *si quis insulam,*
13 *supr. eod.* † Fundi quoque stipulatio non adjecto nomine inutilis, ut et traditum est in *L. cum post.* §. *gener, supr. de jur. dot.* quia ut ibidem scriptum est, hoc verbo promittitur corpus ignotum, id est, id quod aut nullum sit, aut quod si præstetur arbitrio promissoris, ut præstari debet, ad minimum pretium, vel potius nullum redigatur: fundi enim non natura, sed destinatione cujusque constituuntur. *L. quod in rerum,* §. *ult. supr. de leg.* 1. ut dicendum sit, si quis pedem terræ pro fundo sibi habeat, hunc pro fundo futurum. Atqui hujusmodi aliquem fundum dare, et præsertim si longius aberit, derisorium magis est, et onerosum, quam utile. Eademque caussa est promissæ domus: eadem et legatæ, ubi testator domus legans nullam habuit. dicta *L. si domus, supr. de legat.* 1. Ergo in his aut res nulla promittitur, aut ejusmodi est, quam dari aut fieri stipulatoris nihil intersit. Atque utraque de causa recte statuitur stipulationem non valere: nam et sine re quæ interveniat, nulla consistit obligatio. *Instit. de inut. stip. in pr. L. nec emptio, infr. de cont. empt.* et quidvis promitti nihil prosit, si id dari aut fieri stipulantis non interest. *L. stipulatio ista,* §. *alteri supr.* Incidunt tamen circa has species stipulationum quædam quæ possint videri contraria, nisi ca-
14 vemus; ideo paucis explicanda sunt. † Præcipue autem in iis quæ pondere, numero, mensura continentur. Nam et triticum sine certa quantitate promissum proponitur in *L. triticum, supra. eod.* placetque valere stipulationem, si de certo cogitatum sit: et pecuniam non raro sine adjectione numeri et promitti recte et legari legimus. Quod accidit in his caussis: cum pater filiæ nomine promittit dotem non demonstrata quantitate *L. cum post.* §. *gener. supra. de jur. dot.* cum pecunia legatur ad tutelam vel refectionem certæ viæ. *L. quidam, sup. de leg.* 2. cum legatur alicui pecunia annua. *L. si cui, supr. de an leg.* Non sunt vero hæc contraria; sed commode ostendunt, quid in definitione hujus loci cavere, et quomodo eam interpretari debeamus. Si quod pondere, numero mensura continetur, sine adjectione ponderis, numeri, mensuræ promissum sit, imperfecta stipulatio est, inquit Papinianus. Nihil verius; sed in eo hæ sunt cautiones Primum id ita interpretandum est, si hæc plane adjecta non sint, ut nusquam de his probetur actum esse, id est, neque stipulatione, neque extrinsecus alia conventione ad stipulationem pertinente. Nam si prius de quantitate earum rerum, quæ in stipulationem deducuntur, actum erit, satis est. Id efficitur, *L. triticum, supr. eod.* Quod enim ibi de stipulatione tritici dictum est, ad omnem ejus generis stipulationem debet referri. Sed etsi neque verbis stipulationis, neque alia conventione aperte cautum sit de quantitate: tamen satis hæc adjecta erit, si sententia et vi verborum intelligetur. Intelligetur autem, si pecunia nominatim promittetur alicujus rei caussa, seu ad aliquid faciendum, cujus rei aut facti æstimatio certam habeat quantitatem: parum enim interest, utrum nominetur aliqua summa, an alterius rei certæ demonstratione designetur *L. ait Prætor,* §. 1. *L. in sententiis. supr. de re jud. L.* 2. *C. de sent. quasi. cer. quan. prof.* Id observabimus usu venire in
iis caussis tribus, quas supra posui. Primum 15
accidit in stipulatione dotis, quam pater promittit nomine filiæ. Hic enim non simpliciter pecunia aut res promittitur, sed dotis caussa, et promittitur a patre, cujus officium in dotanda filia certam facit rei promissæ æstimationem: est enim hoc officium patris collocare et dotare filiam. *L. capite, supr. de rit. nupt. L. ult.* §. *utramque C. de dot. promis.* idque pro modo facultatem patris, et dignitate mariti: qui modus et in alimentis constituitur, cum agitur de alendis liberis, *L. si quis a liberis,* §. *si quis ex his, supr. de ag. lib.* Quo fit, ut promissa dote a patre, eadem et hic quantitas quasi officio certo patris inclusa accipiatur. *d. L. cum post.* §.

gener. de jur. dol. Idcirco alius si simpliciter
dotem promittat, quam pater, rescriptum est
nulla summa expressa, neque ea re adjecta,
unde summa intelligeretur nullam esse pro-
16 missionem: *L. 1. C. de act. prom.* † Eadem
ratio ejus legati, cum pecuniam legatur ad
viæ alienjus tutelam, vel refectionem. His
enim verbis hoc continetur, quod necesse
erit, seu qood sufficiet ad refectinnem. *d.*
L. quidam. supr. de leg. 2. hoc autem certum;
quod et ex præsente statu viæ, et ex rebus et
mercedibus operarum ad eam rem necessariis
facile intelligetur. Ideo placuit et tantum hic
deberi, si modo testatoris facultates feraot.
Sin minus, secundum æstimationem patri-
17 monii et legati quantitatem definiendam. †
Non minus et hoc legatum certam quaotita-
tem in se inelusam habet. cum relinquitur
aliquid annum. etsi non expressa summa:
cum enim relinquatur ad victum legatarii
(unde et legato intelligitur hæc inesse con-
ditio. si vivat. *L. 4. supr. de an. leg.*) tantum
et hic intelligitur legari. quantum ad victum
sufficiat legatariu: quod et ipsum certum est:
æstimatur enim pro personæ legatarii digni-
tate. Ideo et tantumdem legatum videri pla-
euit. *d. L. si cui, de an. leg.* eum hac exce-
ptione tamen, nisi testator certi aliquid annui
nomine consuevisset vivus legatarin præstare.
Id enim potius relictum videri; interpreta-
tione voluntatis ex consuetudine testatoris
ducta, quam in primis spectandam esse præ-
cipitur. *L. si servus plurium. §. ult. supr. de*
18 *leg.* 1. Quod tamen dicemus, quod et hoc
legatum valet, eum testator damnavit heredem
suom dare uxori suæ vinum, oleum, frumen-
tum, acetum, mella, falsamenta, nulla adjecta
vini, olei, frumenti, aceti, mellis quantitate? *L.*
quidam. supr. de trit. vi. vel ol. leg. Sed et hoc
legatum eertum est: sic enim accipitur, quasi
testator legaverit vinum suum, oleum suum
et cætera sua, ne alioqui inutile sit legatum.
arg. *L. si domus, supr. de leg.* 1. hoc autem
certum, quantum ex eo genere testator habeat
in bonis. Hæc de stipulatione earum rerum,
quæ pondere, numero, mensura continentur,
ubi promittuntur hæc sine adjectione quan-
19 titatis. † Habet et stipulatio fundi dubitatio-
nem, cum hanc non adjecto fundi nomine
nollins momenti esse dicimus. Nam stipula-
tionem hominis generaliter promissi valere
constat, ut et legatum hominis. *L. ubi autem,*
supr. eod. cur noo ergo et fundi? Quia quæ
genera plures res sibi subjectas habent inter
se similes, unaque substantia et compositione
corporis constantes, hæc nunqoam promit-
tuntur sine fructu: qualis est homo. Nam
cum huic generi subjecti homines omnes

una substantia, et iisdem partibus corporis constent: nulla est species ex eo genere, quæ suam utilitatem non habeat. Nam eadem causa est eorum generum, quæ aut rebus constant maxime diversis, ut animal; aut constant rebus non natura, sed cujusque destinatione consistentibus: qualis est fundus, aut domus. Cum enim ex his plerasque aut natura rerum, aut hominum destinatio faciat stipulatori inutiles, et tamen has ex conditione stipulationis promissori liceat præstare: liceat præstare: non potest, quin præstatio inutilis inutilem quoque reddat stipulationem. Nec ad rem pertinet, quod potest promissor ex eo genere utiles res dare: pro non dicto est enim. quod dare nisi velit, cogi non possit. *L. sub hac, supr. prox. tit.* At etiam fundi ipsius, de quo hic agimus, stipulationem, quamvis non adjecto nomine valere, verendum est, ne quibusdam ex locis colligatur. Nam in *L. qui ex pluribus. supr. eod.* proponitur ex pluribus fundis, quibus nomen idem erat, puta ex pluribus Tusculanis, unus in stipulationem deductus esse sine ulla nota demonstrationis: et stipulationem valere placet, ut cogatur promissor vel unum dare, tametsi eum possit, quem velit. Sed qui ex tribus fundis Tusculanis, de quibus inter stipulantem et promittentem conveniebat, unum quamvis indefinite stipulatur, satis et hunc quicunque dabitur postea, nominat. Prius enim fundi omnes nominantur suo nomine nempe Tusculani: sed non adjicitur certa nota demonstrationis; nempe ea. qua unus certus discernatur ab aliis: non tamen hoc facit, quominus si quis detur postea, etiam hic adjecto nomine promissus fuerit. Idem probandum est, etsi quis stipuletur unum fundum ex iis, quos promissor habet: nam hæc verba quos promissor habet, demonstrationem habent fundorum: quæ demonstratio vice nominis fungitur. *L. certum. supr. si cert. pet.* Sed longius itum est. Nam etsi quis fundum unum stipuletur sine propria appellatione, significatur in *L. ubi, supr. eod.* stipulationem valere. Cum enim propositum esset stipulationum quasdam certas esse, quasdam incertas, et exempla quærerentur: inter cætera exempla stipulationum incertarum hoc primum illic ponitur, si quis fundum stipuletur sine propria appellatione. Etsi igitur tantum dicitur eum, qui id stipulatur, incertum deducere in stipulationem, nec adjicitur stipulationem valere; tamen hoc posterius intelligitur satis ex propositione: de utilibus enim stipulationibus quæstio est, non de inutilibus, ut intelligatur genus actionis; cum ex certis sit condictio

certi, ex incertis actio ex stipulatu. At quod explicandum plane inutile sit subjicere exemplum ejus stipulationis, quæ etsi incerta sit, tamen non valeat, nec pariat aut hanc, aut illam actionem. Quod et verum est, neque est tamen huic loco contrarium. Non valet fundi stipulatio nomine fundi non adjecto: at non adjecto proprio nomine seu propria appellatione interdum valet. Non adjicitur nomen, cum nullo modo adjicitur: quod fit, cum unus fundus promittitur non adjecto nomine. Hanc stipulationem non valere hic scriptum est. At dici potest non adjici propria appellatio, etiam cum adjicitur fundi nomen; quod accidit, cum ex pluribus, qui omnes appellantur Tusculani, unum incertum stipulamur. Hic enim Tusculani nomen et appellationem adjicimus: sed non propriam appellationem, idest, non eam, quæ sit propria ejus fundi, quem volumus, et qua is discernatur ab aliis: hoc vero modo stipulationem valere paulo ante diximus. Quid, si promissor, qui fundum simpliciter promisit non adjecto nomine, fundos habeat: an non tunc saltem valebit stipulatio, ut debeatur unus fundus ex his, quos promissor habuit? Et potem deberi, si legatus esset, et fundos haberet testator. Hoc enim de domo legata responsum est in *L. si domus, supr. de leg.* 1. Sed hoc ad stipulationem transferri non debet: nihil enim ex stipulatione potest deberi, nisi quod in stipulatum palam deductum sit; *L. quidquid, supr. eod.* aut certe de quo actum esse ostendatur. *L. eum qui Calendis, supr. eod.* In testamentis autem plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis, infr. de reg. jur.* cui consentaneum est, ut si quid ad voluntatem servandam facit, id sumi debeat, quasi et de eo testator senserit, si voluntas non refragetur: cum in stipulationibus verba semper contra stipulatorem interpretemur, cujus in potestate fuit verba aperte concipere. *d. L. quidquid. supr.* Sed et testator, cum rem aliquam generaliter legat, ideo existimandus est de suis rebus sensisse, quia ita loqui consuevit, ut cum vellet aliquid dari, aut sumi, de suis intelligeret, non de alienis, et consuetudo testatoris in interpretatione voluntatis testatoris ante omnia spectanda et retinenda est. *L. si servus*
20 *plurium. §. ult. supr. de leg.* 1. † Ex his sic summam colligemus: inter alias multas duabus his de caussis imperfectam et inutilem esse stipulationem. Primum si per errorem omissum sit in stipulatione, de quo actum erat, ut insereretur, si quidem sine eo dari non potest id, quod promissum est. Deinde, si quid generaliter et indefinite promissum sit, et ea sit rerum ei generi subjectarum varietas et conditio, ut aliqua ex iis dari possit, quæ nullam afferat stipulatori utilitatem.

† Hæc de priore stipulatione dicta sunt. 21
De posteriore pœnali duæ sunt hoc loco summæ quæstiones. Una, an et ipsa pariter non valeat non adjecto die quo sisteres, cum de certo adjiciendo convenisset. Altera, si valet, quando committatur. Sunt et aliæ quæstiones de stipulatione pœnali, quasi et in extremo Papinianus expedire videtur: sed obiter tantum, non ex professo: de quibus illic dicemus. Sed prima quæstio illa est, qua non expedita cæteræ sunt supervacuæ, an et hic stipulatio pœnalis non valeat itidem, ut illa faciendi, Lugduni sistes. Et Papinianus in principio de utraque simul complexus hanc quoque pœnalem satis inutilem esse significat, cum ait indistincte, *imperfecta erit stipulatio*: quod et colligitur ex verbis sequentibus. Cum enim ait, si actum sit, ut quocunque die sisteres, stipulationem vires habere, quasi quamlibet stipulationem sub conditione conceptam; non possunt hæc verba intelligi, nisi de stipulatione pœnali, quæ sola ex duobus propositis sub conditione concepta est. Qui hanc utilem esse dicit addita nominatim hac conditione, *si id actum sit, ut quocunque die sisteres*, ut hic Papinianus scribit; perspicue declarat, si id actum non sit, eandem illam stipulationem inutilem videri. Quoniam autem secundum verba hic videtur pœnalis stipulationis conditio extitisse, ac priori stipulatione dandi faciendive fundi constituta non semper accidit, ut propterea stipulatio pœnalis intercidat: *L. stipulatio ista, §. alter, supr. eod.* Res postulat, ut quæratur, cur hic potius una cum priore putetur etiam non valere stipulatio pœnalis. Et hæc ratio est in promptu, quod pœna rei impossibilis non committatur. *L. si homo, supr.* nam hic id agebatur, ut promissor certo die sisteret, qui dies postea designaretur stipulatione: eo vero die per rerum naturam sistere promissor non potuit, cum is dies nullus esset, utpote omissus per errorem a contrahentibus. Sed et illud sine hæsitatione dici posse videtur, iden in proposito, non committi stipulationem pœnalem, quia non possit unquam dici ejus conditionem extitisse: quippe hæc erat conditio ex sententia contrahentium, si promissor non stitisset certo die, quem ipsi postea constituissent: hic cum nullus constitutus sit, absurdum est dici promissorem eo
die non stitisse. † Sed an eodem modo dice 22
mus pœnalem stipulationem esse inutilem in cæteris caussis, quas commemorat Papinianus,

ei de quibus supra diximus? Utputa, stipulatus sum insulam ædificari non demonstrato loco; et si non ædificasses, pœnam. Item, fundum dari non adjecto nomine: et si non dedisses, pœnam. An ne hic quidem pœnæ stipulatio valebit, quemadmodum insulæ ædificandæ, et fundi stipulationem non valere constat? nam Papinianus in his solum principales stipulationes recenset, quas et imperfectas esse ait: cæterum de pœnali stipulatione his subjecta nihil dicit; sed nec quidquam etiam adjicit, unde intelligamus hoc eum sentire eam quoque stipulationem illis subjectam pariter esse inutilem. Et puto non minus esse inutilem: quia hic nullus sit fundus, locusve de quo convenerit, ut dici possit eum fundum datum non esse, aut insulam in eo loco non ædificatam; atque ita pœnam esse commissam. Nam si utilem aliquem fundum aut locum stipulator constitui volet, recte dicetur nec promissorem de eo sensisse, nec stipulationis verba de eo obligatum esse. Quod si promissor inutilem offerret, quod ex stipulationis conditione facere potest: hic vero constat nec de eo videri sensisse stipulatorem, et quamvis sensisset, tamen stipulationem esse inutilem in ea re, quam dari aut fieri nihil ejus interest; ut proinde nec pœna committi possit ejus rei non solutæ nomine, quæ res ante non debebatur.

23 ÷ *Quod si ab initio ita agebatur.*). Quemadmodum in specie initio proposita et stipulatio ipsa faciendi, et pœnalis huic subjecta, utraque pariter est inutilis, si cum de die certo adjiciendo actum esset, dies omissus sit per errorem: ita contra utramque valere ait Papinianus, si id actum sit, ut quocunque die promissor sisteret. Valebit igitur in hac conventione hæc stipulatio, Si non stiteris, 24 quinquaginta aureos dare spondes? ÷ Quo posito sequens quæstio est, quando committatur. Quod ipse deinceps ita ostendit, ut simul hinc occasione data tractet de universo genere earum stipulationum, quæ sub conditione in non faciendo concepta contractæ sunt, quando omnes committantur. In quo nihil aliud quæri intelligitur, quam quando videantur existere ejusmodi conditiones. Nec quidquam aliud deinceps ex professo agit toto hoc responso Papinianus. Sunt tamen præter hæc, ut dixi, quædam, quæ de stipulatione pœnali inter disserendum definit, *in vers. extremo:* quæ ad vim stipulationis pœnalis jam commissæ pertinent. Ea qualia sint, illic videbimus. Nunc quod instat de eo ita statuit, pœnalem stipulationem hanc, Si Lugduni non stiteris, decem dabis? non statim tunc committi, cum promissor sistere se potuit, neque fecit, sed tunc solum cum certum esse cœperit illum sisti non posse. ÷ Et 25 quoniam, ut dixi, per hanc occasionem ingreditur illam tractationem, an idem dicendum sit in omni stipulatione, quæ conditiones habeat in non faciendo positam: in eo hanc distinctionem tradit. Docet interesse, utrum stipulatio, quæ hujusmodi conditionem habet, sit una et ea, quæ a conditione incipiat, hoc modo, si Pamphilum non dederis, centum dabis? an vero alteram habeat stipulationem præcedentem, qua stipuler hunc ipsum Pamphilum mihi dari, ut sic deinde subjiciatur pœnæ stipulatio sub contraria conditione, hoc modo: si Pamphilum non dederis, centum dabis? Si stipulatio a conditione incipiat, declarat in *vers. sed et si ita,* et in *vers. item si quis ita,* stipulationem non prius committi, quam certum esse cœperit conditionem amplius exsistere non posse. Non adjecit, quamobrem hoc ita probet: sed non obscura ratione defenditur. Cum enim ita dicitur, si Pamphilum non dederis, centum dabis? non hoc dicitur, si uno aliquo die non dederis, sed si non dederis omnibus diebus, quibus potes. Et quamvis verum sit eum non dedisse, qui hodie non dedit; non tamen immutabiliter verum est eum non dedisse: quia qui hodie non dedit, postea poterit dare, et ita dando efficere, ut verum non sit Pamphilum datum non fuisse. Utrumque cum verba admittant, et posterius sit pro promissore, nempe id sequendum est ex regulis juris nostri: de quo dictum est ad *L. quidquid. §. ult. sup.* Quod si duæ erunt stipulationes hoc modo, Pamphilum dabis? si Pamphilum non dederis, centum dabis? admittit Papinianus in hoc genere Sabini sententiam, ut postquam homo potuit dari, si per promissorem factum sit, quominus daret, quod ita fit, si interpellatus non dedit confestim committatur stipulatio, et confestim agi possit: quod facit in illis verbis, *itaque potest Sabini sententia recipi.* Sed cur hoe dissimiliter recipitur in hac specie, atque in priore, cum utrobique sit conditio eadem? nam ne hac quoque in parte hujus distinctionis rationem Papinianus exposuit. ÷ Dif- 26 ferentiæ ratio est, quod cum a conditione incipit stipulatio, nihil est, unde sententiam contrahentium, qua nitebatur Sabinus, colligamus, præter verba ipsa conditionis. Hæc autem unam eam sententiam habent, quam paulo ante ostendi, quo fit, ut hanc quoque sequamur. At cum præcedit hæc stipulatio, Pamphilum dabis, ex hac quid contrahentes posteriore stipulatione senserint, nullo negotio intelligitur. Cum enim ita stipulor, Pam-

philum dabis? id agitur, ut quocunque die petenti mihi des, vis hæc est puræ stipulationis. §. *omnis, Inst. eod. L. si decem, supr. eod.* Quare cum ita subjicitur, quod si Pamphilum non dederis, centum dabis? his verbis, si Pamphilum non dederis, intelligitur hoc diei, si non dederis, ut ex præcedente stipulatione te dare convenit: pœnalis enim stipulatio subjicitur prioris confirmandæ caussa, id est, quo magis fiat. quod prius promissum est, et uti promissum est arg. *in §. ult. Inst. de leg.* At est, dicet aliquis, in posteriore hac stipulatione eadem conditio, quæ foret nulla alia stipulatione præcedente. Est; sed cum de sententia constat contrahentium, non quid dixerint, sed quid senserint, id est, quid actum sit, spectandum est. *L. eum, qui Calendis, supr. eod.* Sabinus tamen putabat sive una esset stipulatio, sive duæ, semper stipulationem, quæ conditionem haberet in non faciendo conceptam, committi simul atque dari aut fieri potuisset, quod erat in conditione, et per promissorem stetisset, quominus daret aut faceret: quasi hæc esset videlicet in omnibus sententia contrahentium. Idque defendebat exemplo penus legatæ. Nam si testator ita scripserit, heres meus penum dato; si penum non dederit, decem dato: omnes admittunt, simulatque heres interpellatus penum non dedit, cum posset, decem deberi, et peti posse. *L. 1. §. item si ita, supr. ad leg. Fal. L. si penum, infra quan. die. leg. ce.* Idque receptum est ob defuncti voluntatem, et quia natura penus, quæ facile tempore corrumpi potest, longiorem dilationem in præstando non ferret. Hæc de Sabini sententia in vers. *Sabinus autem.* Papinianus argumentum concedens hoc ipso exemplo fatetur idem et in stipulatione recte admitti posse de sententia contrahentium; sed hac lege, dum exemplum congruat, id est, dum fiat in stipulatione, quod fit in exemplo superiore: quod accidit, cum stipulatio pœnalis incipit a præcedente stipulatione; nam et in exemplo, quod Sabinus vult intelligi, duo sunt legata, unum, quo primo legatur penus alterum, quo deinde legantur decem, si penus data non esset. Quod si una tantum erit stipulatio, veluti si Pamphilum non dederis, decem dabis? eodem exemplo legatæ penus probandum est non prius committi stipulationem, quam declaratum fuerit conditionem existere non posse. At quamobrem? non enim explicat Papinianus. Quoniam et si decem legata essent, si penus data non esset, nec prius esset penus legata, non prius decem deberentur, quam si certum esset penum ab herede nec datam esse, nec amplius dari posse; sive quod penus interiisset, sive quod heres jam decessisset. Nam verba hanc sententiam admittunt, nec vero legatum penus præcedit, ex quo de voluntate testatoris aliud possit colligi; proinde in re dubia verbis standum est *L. non aliter, supr. de leg. 3.* Atque hæc, ut dixi, Papiniani distinctio et sententia est de hoc genere stipulationum, Si non stiteris, Si Pamphilum non dederis, decem dabis? quando committantur. Quæ tamen distinctio sic accipi debet in utramque partem, nisi quid aliud aperte doceatur de voluntate contrahentium aut testatoris; qua ex re accidit, ut utraque pars distinctionis reperiatur non esse perpetua.

27 † Ac prius illud, quod dicitur, cum stipulatio hujus generis una est, aut legatum unum, non ante stipulationem committi, aut legatum deberi, quam certum esse cœperit conditionem impleri non posse, in his caussis tribus locum non habet. Una est, cum duo fundum eundem stipulati sunt separatim sub hac conditione, si promissor eum alteri ex stipulatoribus non daret. In qua specie placet stipulationem committi, simul atque promissor ab uno interpellatus alteri dare potuit eum fundum, neque dedit. *L. si Titius, 9. supr.* Voluntatis conjectura ex eo manifesta, quod aliter interpretantibus futurum fuerit, ut stipulatio sit inutilis, ut exposuimus ad *d. L. 9.* Altera est ratio sa. cum fidejussor ita acceptus est, ut promitteret, quod reus debet, si ille non solvisset. Placet enim hic quoque simul atque reus appellatus non solvisset, fidejussorem teneri. *L. fidejussor. §. ult. infr. de fid.* ubi et ratio redditur, *quia verisimile sit id actum esse.* Et recte: etsi enim fidejussoris obligatio, si per se sola spectetur, a conditione incipit: re vera tamen incipit a præcedente stipulatione rei principalis a qua et pendet, ut accessio. *§. fidejussores, Inst. de fid.* unde et in fidejussoris obligatione semper inest tacite hæc conditio, si reus principalis non solverit eo modo, quo illum dare facere oportuit. Porro quod debuit reus principalis pure, idem et statim debuit. Quo fit, ut fidejussor idem promittens, si ille non solvisset, hoc ipsum ex natura obligationis dicere intelligatur, si ille interpellatus statim non solvisset. Tertia caussa est libertatis hoc modo relictæ, Stichus si Capitolium non ascenderit, liber esto: quam scripturam ita placuit accipiendam esse, si cum primum potuerit, Capitolium non ascenderit: ut cum id factum est, statim perveniat Stichus ad libertatem. *L. libertas, supr. de manum. test.* non utique favore libertatis; sed quia aliter con-

ditionem accipientibus nullius momenti esset datio libertatis, quæ vivo contingere non posset *d. L. libertos in princ. et L. ult. de man. test.* Hoc autem aperte voluntati defuncti refragatur, qui si nollet libertatem com-
28 petere, non dedisset. † Ex contrario quod dicitur, cum duæ sunt stipulationes, posteriorem pœnalem tune committi, cum promissor interpellatus non dedit, aut fecit, quod erat in conditione, et quod prius se daturum aut facturum promiserat, verum non est in specie hoc loco proposita: in qua cum duæ sint stipulationes, te Lugduni sistes; et si non stiteris, quinquaginta aureos dabis? tamen Papinianus supra respondit pœnam non ante committi, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse; nempe ideo quia proposuerat id esse actum priore stipulatione, ut promissor quocunque
29 die sisteret. † Non adversatur superiori distinctioni, sed eam confirmat *L. nuda, C. de contr. stip.* Promiserat quis nuda pollicitatione se quid facturum, et nisi fecisset, stipulanti promiserat se præstaturum id quod interest. Illic scriptum est, hujus etiam obligationis post motam litem extitisse conditionem. *Post motam litem* hic interpretari debemus, non post litem contestatam, sed post litem interpellatione et nuda rei conventione motam, etiam ante quam lis contestetur. Alioqui nec recte diceretur summa stipulatione comprehensa postea a reo peti, et lis cum eo contestari posse. Quo sensu idem statuitur in hac specie, quod de omni stipulatione hujusmodi, quæ a præcedenti conventione incipiat, Papinianum definire diximus. Neque ideo illic refugiemus litis nomen, quia nulla lis sit, ubi nulla sit actio. Arg. *L. litis, infr. de verb. sig.* aliud est enim litem esse re vera, aliud litem moveri. Hæc moveri potest etiam nullo jure, et ab eo, cui nulla sit actio; ut, hic nulla est; movetur tamen non injuria propter conventionem, neque id frustra, cum ea conventio stipulationi pœnali locum faciat. At enim in specie superiore, *L. nuda*, non potuit promissor, a quo id petitum est, quod nuda pollicitatio ne promiserat, in eo moram facere; cum quod nudo pacto promittitur, jure peti non possit; *L. juris gentium. §. sed cum nulla, et seq. supr. de pact.* nulla autem intelligatur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. *L. nulla, infr. de reg. jur. L. si pupillus, infr. eod.* Non nego in ea specie promissorem non facere moram. Ne nunc quidem moram in promissore exigimus, ut illo non dante aut non faciente, quod dare aut facere prius debuit, pœna sequentis stipulationis ab eo committatur. Satis est ad pœnam committendam, si interpellatus non dedit aut fecit, cum posset, quod prius debuit. Idque exempli penus legatæ aperte declaratur. Cum enim testator jubet heredem penum dare, et si non dederit, jubet dare decem, sola hic decem in petitione esse constat, penum dumtaxat in solutione. *L. 1. supr. de pen. leg.* et tamen ut incipiant decem deberi, satis est, si interpellatus heres, ut penum daret, non dederit. *L. si penum, supr. quan. di. leg. ced.* Itaque quod dicitur in *L. 1. §. item si ita, supr. ad L. Falc.* penu ita legata decem deberi, si heres in penu solvenda moram fecerit; moram abusive accipere debemus, ut intelligamus eam cessationem, quæ vere mora foret, si potuisset penus ab herede jure exigi; quod et hic *sequenti vers.* apertius confirmatur.

† *Quod sine dubio verum erit.*) Dixerat 30
Papinianus, cum ita concepta est stipulatio, Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis tantum dari spondes? simulatque per promissorem stetisset, quominus Pamphilum daret, pœnam deberi, et peti posse. Hoc nullam dubitationem recipere ait; cum actum est, ut Pamphilo non dato et Pamhilus deberetur, et pœna: Recte; tunc enim non solum actum est, ut Pamphilus daretur, sed etiam si promissor interpellatus Pamphilum non det, constat eum moram facere; nam si debetur Pamphilus ex stipulatione, etiam Jure Civili peti potest. *§. de constituta, Inst. de act.* Jure petitum si promissor non præstat, cum nullam haberet justam caussam recusandi, moram facit. *L. mora. L. sciendum, supra, de usur.* Non est autem mirum, si pœna promissa sub conditione, si promissor Pamphilum non dedisset, pœna committatur adversus eum, non solum qui simpliciter Pamphilum non dedit, sed etiam qui in eo dando moram, eoque et certam culpam admisit. Sed potuit dubitari, an idem esset probandum, si nominatim actum sit, ut si Pamphilum non dares solam pœnam deberes. Hac enim conventione eo res deducitur, ut non possit promissor quamvis Pamphilum non dederit in eo moram facere. Nam si non debetur Pamphilus, nec peti poterit jure. Non est autem mora ab eo, a quo pecunia jure peti non potest, etiam per exceptionem, ut supra dixi, dicta *L. si pupillus, infra eod. L. lecta, vers. dicebam, supra si cer. pet.* Hinc ergo quæstio, an pœna committatur adversus eum ob Pamphilum non datum, qui in Pamphilo dando moram non fecit. Et Papinianus ita statuit, et si

ita cautum sit, ut sola pœna non soluto homine debeatur, tamen idem defendendum esse: id est, nihilominus et hoc casu pœnam committi, cum primum interpellatus promissor Pamphilum non dedit: *quoniam, inquit, fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur.* Hoc sic accipe, ut homo solvatur statim, aut si statim solutus non erit, pecunia petatur. Quibus verbis non tantum quod dixerat, confirmatur, sed præcipue tacitam obiectionem; quæ hic occurrebat, removet. hoc enim perinde est, ac si dixisset: non obstat, quod promissor interpellatus, ut daret Pamphilum, hoc casu moram non facit; satis est si actum sit inter contrahentes, ut promissor Pamphilum petenti statim solveret, ac nisi ita solveret, deberet pœnam: semper enim in stipulationibus sequimur, quod actum est. *L. cum, qui Col. supr. L. semper in stipulationibus, infra, de regul. jur.* Jam vero hæc fuisse voluntas contrahentium probatur, ut Pamphilus solvatur; ut solvatur inquam, non quovis tempore, sed statim (alioqui non efficeretur hac ratione, quod vult) probaturque satis hæc voluntas ex eo, quod Pamphilus prius promissus est stipulatione pura: cujus hæc vis est, ut promissum statim peti possit. *§. omnis. Inst. eod:* utque hæc voluntas est ut Pamphilus solvatur statim: ita cum subiicitur pœna; si Pamphilus non solvatur, in hac quoque repetitione eandem sententiam contrahentium esse intelligimus; si Pamphilus non solvatur statim, ut pecunia solvatur. Proinde et cum Pamphilus ita solutus non erit, pœna statim committetur: non utique ex mora, quæ in promissore nulla esse potuit: sed ex conventione et sententia contrahentium, quæ sola obligationem efficere potuit. Quam omnem disputationem Papiniani huc referri apparet, ut probet stipulationem pœnalem tunc recte committi dici, cum eam committi prius dixerat: ita omnem ejus tractationem in eo esse, ut ostendat, quando hujus generis stipulationes committantur. Interim de pœnali stipulatione ita dicit, ut obiter ostendat, quam vim illa habeat ad mutandam priorem stipulationem. De quo quia magna est inter eruditos dissensio, et ad naturam hujus stipulationis, eoque et ad totum tractatum stipulationum pertinet id intelligi, locus mihi diligentius attingendus videtur.

31 Ac primum id statuit, de quo multum quæsitum est, pœnali stipulatione alii præcedenti subiecta non fieri prioris novationem, seu non tolli priorem, et in posteriorem transire, quamvis pœnalis stipulationis conditio exstiterit. Id dicere intelligitur, cum si Pamphilus ante promissus sit, et nisi datus sit pœna: vult homine soluto ita committi pœnam, ut nihilominus debeatur et Pamphilus, ut initio, non sola pœna. Quod non obscure significat, cum homine non soluto ait quidem solam pecuniam deberi, sed sub conditione, si nominatim cautum sit, ut sola deberetur; hoc enim eam vim habet, si id cautum non sit, non solam pecuniam deberi, sed etiam et Pamphilum: quæ et ejusdem Papiniani collectio est in *L. 1. §. hujus supr. de off. ejus.* Ex eo efficiuntur cætera ad eandem vim pertinentia, de quibus et ipsis quæsitum est. Nam si pœna commissa debetur etiam, quod priore stipulatione promissum est, ut Pamphilus, consequens est et Pamphilum adhuc peti posse non secus, quam si nulla stipulatio pœnæ esset secuta. Id enim intelligitur deberi, quod ab invito exigi potest. *L. debitor, infr. de verb. signific.* Et quoniam nulla pœnæ stipulatione secuta ita deberetur Pamphilus, ut si vellet stipulator, eum solum posset petere, eveniet hoc quoque, ut si pœna deberi cœperit, et stipulator utrumque petere simul non possit (ut non potest nisi ut liceret, nominatim cautum fuerit, de quo postea) saltem hoc sit in potestate stipulatoris, utrum velit petere pro arbitrio: Pamphilumne, quem sine pœnali stipulatione citra controversiam poterat solum petere; an potius pœnam, quam reus omnimodo promisit, si Pamphilum non dedisset. Quin etiam et illud consequens est, si commissa pœnæ stipulatione stipulator de pœna egerit, et eam consecutus sit, tamen etiam nunc et Pamphilum, et quidquid priore obligatione debebatur, peti posse, ut quod in ejus æstimatione amplius est, quam in pœna, id saltem stipulator consequatur. Quæ etsi ex primo efficiuntur certo omnia, et primum illud satis aperte hoc loco statuitur: tamen ne qua sit hæsitatio, adiungemus eos locos, quibus superiora omnia probantur dilucide: et quidem, ita ut nihil referre ostendant, utrum obligatio, quæ præcessit, dandi obligatio sit, ut hoc loco, an faciendi, qualis in illis locis proponitur. Loci hi sunt, *L. prædia, supr. de act. empt. L. si quis a sacio, et seq. L. duo, supr. pro soc.* Ac quominus dubitetur etiam id recte et hoc loco et superioribus illis statui, stipulatione pœnali priorem non novari, non tolli: spectetur stipulationis pœnalis finis; et in eo sententia contrahentium: tum intelligetur id aliter statui non potuisse. Constat pœnalem stipulationem adiici prioris

firmandæ caussa : adiicitur enim, quo ma-
gis fiat id, quod prius cautum est, §. *ult.*
Inst. de leg. Est autem absurdissimum di-
cere præcedentem stipulationem tolli ea sti-
pulatione, quæ præcedentis firmandæ caussa
adhibetur. Unde in *L. 4. §. si ex conven-*
tione. supr. de re jud. scriptum est , si pi-
gnora accepta sint , vel fidejussores in rem
judicatam, consequens esse non cessare exe-
cutionem judicati actionis; nominatim addita
hac ratione , quia cum accesserit aliquid
rei judicatæ, non sit a re judicata recessum.
Sed huic sententiæ de pœnali stipulatione
adversantur duo : primum exemplum illud
penus legatæ , quod supra commemoravi-
mus : deinde *L. obligationum fere, §. ult.*
supr. prox. tit. Nam cum testator ita dixit,
heres meus penum dato : si penum non de-
derit, centum dato : hic si heres interpellatus
penum non dederit, placet deinceps centum
ita deberi, ut debeantur sola, quasi priori
legato in posterius transfuso. *L. si penum,*
supr. quan. di. leg. ced. Quod autem minime
dubiam repugnantiam habere videtur , sic
Pauli verba sunt in *d. L. obligationum*, §.
ult. *Sed si nam fieri stipulatus sum, et si*
non feceris, centum ; videndum, utrum duæ
stipulationes sint, pura et conditionalis , et
existens sequentis conditio non tollat prio-
rem ; an vero transferat in se , et quasi
novatio prioris fiat : quod magis verum est.
32 De quibus jam respondebo. † Et quod ad
penum legatam attinet, longe in hac specie
alia caussa est legati , alia stipulationis.
Cum enim testator ita dicit , si heres pe-
num non dederit, centum dato, hoc poste-
riore legato prius ademisse videtur eo casu,
quo centum deberi cœperint ; ut consequens
sit ademptam penum amplius deberi non
posse. Hoc ita diserte scriptum est in *d.*
L. si penum, quan. di. leg. ced. In stipula-
tione ejusmodi longe aliter evenit. Nam cum
stipulor Pamphilum : et si Pamphilum non
dederis, pœnam, nemo dicet me pœnæ sti-
pulatione a priore recessisse videri, cum ideo
pœnam subiecerim. quo facilius Pamphilum
consequerer, quem volui , et mea intersit ob
eam caussam utrique stipulationi locum esse.
Quod autem attinet ad superiorem locum
Pauli ; si quidem is de eadem specie scri-
ptus esset, de qua et hic quem tractamus, et
item illi alii quos ante indicavimus ; nihil
caussæ esset , cur non et eum locum cum
aliis , et alios cum eo pugnare diceremus.
Nunc cum omnes scripti sint dissimilibus,
in caussis , ea dissimilitudine potius admo-
nemur non esse generaliter statuendum pœ-
nali stipulatione nunquam præcedentis no-
vationem fieri, aut contra semper fieri : sed
videndum esse , qualis sit obligatio , quæ
præcedit ; ex hujus conditione, utrum stipu-
latione pœnali novatio fiat , an non fiat:
æstimandum. Quo constituto , optime inter
istos omnes locos convenire reperietur , et
quidem ita, ut cognitis iis, quæ dicam, nihil
ad differentiæ rationem aut parum requira-
tur. † Refert igitur , utrum obligatio quæ 33
præcedit, sit in dando, an in faciendo : et si
in faciendo, utrum sit ex aliis caussis consti-
tuta , quam ex stipulatione , an vero et ex
stipulatione itidem, ut pœnalis , quæ subiici-
tur. Obligatio dandi si præcedit , ut sit ea
species, de qua hic Papinianus agit, Pamphi-
lum dari ; si Pamphilum non dederis, centum
dari ; generaliter definiemus nunquam pœ-
nali stipulatione priorem novari : non effici
denique quin etsi Pamphilo non dato pecunia
deberi cœperit, nihilominus tamen debeatur
et Pamphilus ; cum enim stipulatorem prio-
re stipulatione Pamphilum habere voluisse
constet, ejusque magis consequendi caussa
pœna subiecta sit, ac nec facile quisquam
pro una re pecuniam, idest, aliam rem ac-
cipiat ; nihil proponitur , cur stipulatione
posteriore pœnali a priore recedere volue-
rit. Itaque animo novandi non comperto
ne ex jure quidem vetere unquam fieret
novatio , etiam auctore Paulo; Id quod si
tunc verum est, cum Pamphilus deductus
est in stipulationem , ubi facilius obligatio
verbis contracta , verbis tolli potuit juxta
regulam naturæ : *L. nihil tam naturale ,*
infra de reg. jur. multo magis idem pro-
bandum erit, si eum ex alia caussa debe-
retur Pamphilus , veluti ex caussa permu-
tationis , aut cum in emptione fundi dictum
esset Pamphilum accessurum , tum deinde
nisi datus esset , pœna promissa sit. Hic
etiam huc etiam accedit ad difficultatem
novationis , quod in his caussis dici non
potest priorem obligationem tolli eodem ge-
nere, quo colligata est, quod regula exigit.
d. L. nihil tam naturale, Quod si obligatio
præcedens in faciendo erit; de quo genere
agit Paulus in *d. L. obligationum fere, §.*
ult. hic natura stipulationis statim videtur
aliam inducere coniecturam. Cum enim sti-
pulor quid fieri , id venit in stipulationem,
quod mea interest, *L. si pœnam, supr. eod.* At
cum pœna subiicitur postea, nisi factum sit,
quod promissum est, constat adiici eam loco
ejus quod interest, ne quantitas stipulationis
sit in incerto, ut est in *§. ult. Instit. eod.* ut sic
propemodum non duo jam debeantur, sed
una pœna. Quapropter consentaneum videri
poterat, in omnibus faciendi obligationibus

ubi pœna promissa erit, pariter prioris obligationis ejus quod interest; novationem fieri, ut sic desinat deberi id quod interest sola pœna incipiat deberi. Sed ne hoc quidem placuit: si obligatio faciendi præcedens sit ea, quæ ex aliis caussis nascatur, quam ex stipulatione; veluti, si convenerit in societate, ut socius quid faceret; si in emptione, ut venditor rem traderet; et si hæc facta non essent, pœna promissa sit: quæ species sunt *d. L. duo, supr. pro soc. et d. L. prædia. supr. de act. em.* In quibus placet quamvis pœna commissa, tamen integram esse actionem in id quod interest. Ac ne quis propter judicia bonæ fidei id in supra scriptis caussis receptum putet, non aliud responsum est in ea specie, cum servus manumissionis caussa datus est, et nisi manumissus esset, pœna est promissa: de qua in *L. qui Romæ, §. Flavius, infra eod.* Sed fortasse Paulus dissensit in his caussis a ceteris juris auctoribus. Imo Paulus est ipse, qui auctor est superioris sententiæ in *d. L. duo, pro soc.* idem scilicet, qui et ejus, quæ legitur in *d. L. obligationum, §. ult. supr. prox. tit.* Sed hoc, ut dixi, tum visum est in priore faciendi obligatione, cum ea ex stipulatione non fuit, sed ex alia contractu, aliave caussa. Quod si in obligatione priore duo concurrent, ut et faciendi obligatio sit, et simul stipulationem habeat, quam alia stipulatio, pœnalis nimirum sequatur: hæc demum illa est species a superioribus diversa, in qua Paulus in *d. L. obligationum*, ait stipulationis pœnalis exsistente conditione transfundi priorem, et quasi novationem ejus fieri. Hic ergo nobis occurritur: quid enim dissimile habet faciendi stipulatio ab alia quavis faciendi obligatione? Dicam nihil habere, si de ea ipsa obligatione quæritur. Sed agitur de posteriore stipulatione pœnæ, quæriturque quam vim ea habeat ad priorem novandam. Regula juris facit, ut stipulatio posterior priorem obligationem potuerit tollere, si et prior eodem modo contracta sit, idest, verbis; sin alio modo, ut non potuerit, nisi perspicue duceatur contrahentes posteriorem stipulationem pro eo consensu habuisse, quo a priore obligatione recederetur. *d. L. nihil tam naturale, de reg. jur.* Hæc disserui de novatione pœnalis stipulationis, tantum ut veterum sententiæ, quæ in Pandectas relatæ sunt, eorumque consensus de hoc genere intelligeretur.
34 tur. † Cæterum hodie omnis hæc quæstio, et distinctio sublata est constitutione Justiniani; *L. ult. C. de nova.* qua cautum est in universum, ne in ullis caussis posteriore stipulatione novatio prioris obligationis facta intelligatur, nisi nominatim dictum sit posteriorem stipulationem novandi animo interponi. † Novatione ex hoc genere sublata, 35
efficitur, quod dixi, pœna comissa utrumque deberi, et pœnam, et Pamphilum, seu quidquid est, quod ante promissum erat, et quidem ita, ut utrunque possit peti, si non simul. de quo mox, at certe hactenus quatenus plus erit in altero. *d. L. prædia, de act. em. d. L. si quis a socio, et seq. supr. pro soc.* Neque ut debeatur utrumque hoc modo, aperta conventione opus est: sufficit Pamphilum simpliciter promissum, et si Pamphilus solutus non esset, pœnam. Itaque quod ait Papinianus, postquam interpellatus promissor Pamphilum non dedit, confestim pœnam peti posse, eum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur; intelligimus id abunde probari hoc ipso, quod nominatim cautum non erit, ut homine non soluto sola pecunia deberetur; ut liquido arguit adversativa, quæ sequitur, cum ita scribit: *sed etsi ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit.* His enim verbis significatur tunc demum pecuniam solam deberi, cum id nominatim cautum est: alioqui contra. Neque vero hoc aliter potest fieri, si prioris obligationis non fit novatio, ut non fieri diximus. † 36
Quod cum ita sit, ut pœnali stipulatione commissa utrumque debeatur ac peti possit, et pœna, et quod principali obligatione promissum erat, an simul utrumque peti possit, dubitatum est. Nam et principalis obligatio pura est: et pœnalis stipulationis existente conditione stipulatio eo loco esse incipit, quasi esset jam ab initio pure contracta. *L. potior, supr. qui pot. in pig. hab. L. si pupillus, supr. de cond. inst.* Ut consequens videri possit, si utraque obligatio manet, etiam ex utraque sine fraude alterius agi posse. Sed conditio pœnalis stipulationis satis declarat id agi, ut stipulator altero contentus esse debeat, cum pœna promittur hac conditione, si Pamphilus datus non erit. Fac enim eum datum esse: pœna ex conditione peti non poterit. Quia tamen non soluto homine pœna jam ante semel commissa erat; dicendum est, quamvis postea solutus sit Pamphilus, tamen ipso jure et de pœna adhuc agi posse, sed agentem doli mali exceptione summoveri. *L. 4. §. Labeo ait, supr. de dol. mal. exc.* Idem dicemus e converso, si prius pœna soluta erit; deinde stipulator petat Pamphilum: sic enim facit, ut non possit ex conditione stipulatio-

nis pœnam retinere, cum si Pamphilus illi solvatur, pœnam ex conditione consequi non debeat. Alterutro igitur, ut dixi, stipulator contentus esse debet, ut de eo responsum est, qui pactus est, ne a se peteretur, et si petitum esset, stipulatus est pœnam; is autem agente contra conventionem promissore, et exceptione uti vult, et pœnam ex stipulatu petere. *L. rescriptum*, §. 1. *supr. de pact. L. si pater*. §. *si mulier*, *supr. de pact. dot.* Plane si nominatim actum sit, ut utrumque deberetur simul, seu ut utrumque simul exigere liceret, conventio servanda est. *L. pen. supr. de trans.* Idem autem actum videbitur, etsi illud, *simul*, adjectum non fuerit. Alioqui nequidquam caveretur, ut debeatur utrumque; cum et sine conventione idem futurum fuerit. Arg. in *L. quoties in stipulationibus*,
37 *supr. eod. L. si quando*, *supr. de leg.* † Interim in hoc genere hoc jus manebit stipulatori, ut sit in ejus potestate, una actione experiatur; *d. L. rescriptum*, §. 1. *supr. de pact.* non ut in disiunctivis obligationibus, cum illud aut illud debetur, accidit, ut sit in potestate promissoris, utrum solvat. L. 2. §. *Scævola*, *supr. de eo quod cer. loc. L. plerumque*, §. *ult. supr. de jur. dot.* Neque enim hic debetur illud aut illud: sed duæ sunt obligationes, quarum unaquæque separatim promittit res singulas, non plures vel conjunctim, vel disiunctim. Quid si cautum erit, ut non soluto homine debeatur solum pœna? hic pœna commissa Pamphilum non deberi certum est, cum aperta conventione quasi novatio prioris obligationis facta sit. Sed tamen et Pamphilus adhuc solvi poterit donec judicium accipiatur. *L. quid tamen*, §. *ult. supr. de rec.* quod ad potestatam purgandæ moræ referri debet, de qua diximus ad *L. si servum*, §. *sequitur*, *supr. eod.*

Ad L. *Decem*. 116.

Idem *lib. IV.* Quæstionum.

Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Mævio stipularis: sine dubio Mævius universi periculum potest subire. Sed et si decem petieris a Titio, Mævius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit. Paulus notat: non enim sunt duo rei Mævius et Titius ejusdem obligationis, sed Mævius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit. Igitur nec Titio convento Mævius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est: et solvente Titio non liberatur Mævius, qui nec tenebatur, cum conditio stipulationis deficit: nec Mævius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri: a Mævio enim ante Titium excussum non recte petetur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatus a Mævio quanto minus a Titio debitore consequi posset, an si nihil omnino a Titio possit consequi, totum debitum a Mævio recte petat.*
2. *Stipulatore in proposito cum Titio litem contestante, an Mævius liberetur, ut deinceps nec totum neque pars debiti ab eo possit peti.*
3. *Ex stipulatione proposita cum Mævio quando recte agatur.*

1 Decem a Titio stipulatus, postea quanto minus ab eo consequi possem, stipulor a Mævio. Tria hic quæruntur de Mævio. Illud primum, si a Titio debitore meo nihil omnino possim consequi, an totum, quod ille debuit, possim a Mævio petere, ut sic Mævius periculum totius debiti subeat. Verba stipulationis videntur repugnare: is enim proprie dicitur minus consequi, qui aliquid ex toto consequitur, minus tamen quam totum, quoniam hoc verbum *minus* comparationem habet. Sed placuit ex usu loquendi Latinorum etiam eum recte dici minus consequi, qui omnino nihil consequatur. *L. minus*. 32. *L.*

si ita. 150. *infr. de verb. sig.* Quod intelligi poterit ex hujuscemodi oratione: *nihil obstat quominus id facias:* ubi hoc omnes dici intelligunt, nihil obstat, cur non facias. qualis et illa est in *L. liber.* seq. *quid aliud dici potest, quominus liber homo teneatur?* pro, cur non teneatur. Ex hoc usu respondet hoc loco Papinianus Mævium in hac specie posse universi periculum subire, significans accidere posse, ut totum ab illo peti possit: quod tunc continget, cum ego a Titio debitore nihil consecutus fuero. Atque hoc ita est, si extra judicium nihil ab illo consequi potuerim.

2 † Quod si cum Titio prius judicio egerim, hic altera quæstio introducitur, an eo facto Mævius sit liberatus, ut deinceps neque totum, neque partem debiti ab eo possim petere. Respondet Papinianus Mævium non esse solutum, nisi judicatum Titius fecerit. In hac parte responsi duo notat Paulus Primum rationem reddit, cur convento Titio debitore meo, quamvis judicio id factum sit, non eo minus teneatur adhoc Mævius: *non enim*, inquit, *sunt duo rei ejusdem obligationis Mævius et Titius.* Significat, si hic duo rei debendi essent, dici potuisse re ab uno petita alterum liberari, ut vel olim jus fuit, vel certe fuit quorundam sententia, ut indicat *L. 2. infr. de duob. reb.* adversus quam propterea constitutione Justiniani opus fuerit, quæ est *L. ult. C. de fid.* nunc autem hoc in proposito metuendum non esse, quia hic non sint duo rei debendi. Non esse probat, quia Mævius debeat sub conditione, si a Titio exigi non potuerit: hinc enim fieri recte colligit, ut quandiu Titio convento incertum erit, an ab eo possit exigi, tandiu non possit dici Mævius reus esse, utpote pendente obligationis ejus conditione. *L. cedere, infr. de verb. sig.* proinde nec possit dici liberari, qui an debiturus sit, incertum est. Sed ut prius confirmat Paulus, quod de Mævio non liberato Papinianus respondit, si forte Titius judicatum non fecisset; ita reprehendit alterum in superiore responso, quod ex contrario significat Papinianus Mævium videlicet liberatum iri, si Titius debitor meus judicatum fecerit. Idque agit in illis verbis; et *solvente*, ad hanc sententiam: non debuit Papinianus dicere Titio solvente liberari Mævium quia non liberatur, qui nec tenebatur. Recte. Non est enim solutio aut liberatio, nisi ejus, qui aliquo vinculo tenebatur, quo solutus liber dimittitur: uti nec manumissio nisi ejus, qui prius tenebatur manu. *Inst. de liber. in pr.* Jam vero solvente Titio in hac specie Mævium nunquam debuisse ostendit: debuit enim sub conditione, si Titius non solvisset: quo fit, ut illo solvente nulla sit Mævii obligatio, cum conditio stipulationis defecerit. His verbis atque hac nota voluit Paulus intelligi in proposito melius ita dicturum fuisse Papinianum, si decem petiero a Titio debitore meo, non ideo certum esse incipit Mævium non teneri, nisi et judicatum Titius fecerit. † Tertia quæstio est superiori 3 consequens: si Titio convento non liberatur Mævius, an non videatur dici debere hoc casu statim cum Mævio agi posse, et in summa quando cum illo agi possit ex hac stipulatione. Paulus in extremis illis verbis, *nec Mævius pendente*, est, non si Mævius convento Titio non liberatur, ideo statim cum illo agi posse; in summa autem Mævium pendente stipulationis conditione recte conveniri non posse: in proposito vero conditionem hanc, quod a Titio consequi non potuero, sic impleri non si egero cum Titio tantum, neque statim ab illo consecutus fuero, quod petii; sed si egero cum illo, et perfecero, ut condemnaretur; neque hoc satis, sed ita si ex caussa judicati facultates ejus excussero, ut omnibus ex caussis constaret eum non habere, unde solvat.

Ad L. *Si centum.* 117.

Idem *lib. XII.* Quæstionum.

Si centum homines quos ego heresve meus elegisset, stipulatus, antequam eligerem, duos heredes reliquero: numero dividitur stipulatio. Diversum erit si jam electis hominibus successerint.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatore, qui centum homines, quos eligeret, est stipulatus, mortuo, quomodo inter heredes stipulatio dividatur.*

1 Centum homines, quos stipulator eligeret, in stipulatum deducti, genera sunt prius, quam stipulator eos elegerit: postquam elegit, fiunt jam certa corpora, et species, quæ stipulatione debeantur. Si generum stipulatio numero dividitur inter heredes stipulatoris: specierum stipulatio ita ut partes corporum cuique debeantur, ut traditum est in *L. in stipulationibus, supr. eod.* non potuit in specie proposita aliud responderi, quam quod hic respondetur, ante electionem stipulatore mortuo dividi stipulationem numero inter ejus heredes: hominibus electis si decesserit, corporum divisionem fieri.

Ad L. *Liber homo.* 118.

Idem *lib. XXVII.* Quæstionum.

Liber homo qui bona fide servit mihi, quod stipulanti mihi promittit, prope est ut omni modo sit utile, quamvis ex re mea promittat. Nam quid aliud dici potest quominus liber homo teneatur? Nec tamen ideo si stipulanti eidem ex eadem caussa spondeam, tenebor. Quemadmodum etenim habebit ejus actionem adversum me, quod ab alio stipulatus quæreret mihi? Hoc itaque latere, fructuario servo, vel alieno qui bona fide servit, comparabitur. Servus autem fructuario si promittat ex re ipsius, vel alienus qui bona fide servit, emptori: nulla de peculio dabitur in dominum actio. Nam in his caussis domini esse intelliguntur.

SUMMARIA.

1. *Liber homo bona fide serviens, quatenus comparetur servis alienis: et qua in re ab iis, differat.*
2. *Liber homo bona fide possessus, si possessori stipulanti quid promittat, utilis est stipulatio.*
3. *Libero homini bona fide possesso stipulanti possessor promittens an obligetur.*

1 Liber homo, qui bona fide possidetur, propemodum per omnia comparatur servis alienis, cum de contractu eorum, et rebus per eos acquirendis agitur, ut constat ex *§. de his, et §. idem placet, Inst. per quas pers. nob. acquir. L. acquiruntur, supr. de acquir.*

rer. dom. Una hae in re differunt, quæ hic explicatur, quod servus alienus promittere utiliter nihil potest ei, a quo bona fide possidetur, aut ei, qui in servo usumfructum habet, si modo promittat ex re possessoris, aut fructuarii: propterea quod nemo est, qui hic obligetur, aut possit ex eo contractu conveniri. Servum ipsum ex contractu Jure Civili non obligari certum est. *L. servi. supr. prox. tit.* §. *item inut. Inst. de inut. stip.* Sed nec dominus hoc casu de peculio teneri potest, ut hic scriptum est in extremo: quia eum servus ex re possessoris aut fructuarii promittit, ipse possessor et fructuarius pro dominis habentur, cum ex hac caussa illis acquiratur,
2 ut dominis. *d.* §. *de his autem, et seq.* † At liber homo, qui bona fide servit, si possessori stipulanti promittat, nihil obstat, quominus promittat utiliter. Est enim hic, qui recte obligetur etiam civiliter: ipse videlicet, qui promittit; quia liber est re vera, cujus persona obligationis est capax. Nec ad rem pertinet, quod pro servo habetur. Non enim eo minus est liber: quoniam opinio nostra veritatem naturæ non mutat. *L. cum falsa, C. de jur. et fac. ign. L. assumptio, infr. ad munic.* † Hinc tractat Papinianus, si vice 3
versa liber homo, qui bona fide possidetur, stipuletur a possessore sibi dari, an possessorem sibi obliget. Nam cum sit liber, nihil videtur ne hic quidem obstare, quominus ut obligatio, sic petitio in persona ejus recte consistat. Negat Papinianus possessorem illi obligari hac ratione. Nam si liber homo bona fide possessus stipulatur ab alio ex re bonæ fidei possessoris, stipulatio possessori acquiritur. *d.* §. *de his, et seq.* multo ergo magis, si quid stipuletur idem a possessore suo ex re ejus, id ipsi acquiret. Quod si liber homo hanc stipulationem possessori acquirit, consistere obligatio non potest; ne incipiat dici possessorem eodem tempore et debitorem esse, quia promisit, et eundem creditorem, quia stipulatio illi quæsita est. Quod natura non patitur. *L. Stichum*, §. *aditio, infr. de sol.* Unde apparet, quod Papinianus dicit, etiam hoc latere liberum hominem, qui bona fide servit, servo alieno bona fide possesso aut fructuario esse similem: *hoc latere*, idest, etiam hac in parte.

Ad §. *Decem hodie.*

Decem hodie dari spondes? Dixi posse vel eo die pecuniam peti, nec videri præmaturius agi non finito stipulationis die: quod in aliis temporibus juris est. Nam peti non debet quod intra tempus conprehensum solvi potest. In proposito enim diem non differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur, esse responsum.

SUMMARIUM.

1. *Diem adjectum differre solutionem, donec dies præterierit, quomodo accipiendum.*

1 Quod dicitur diem adjectum differre solutionem donec dies præterierit. *L. centesimis. L. qui hoc anno, sup. eod.* sic accipiendum est, nisi constabit diem adjectum non esse differendæ obligationis caussa: quod accidit, cum stipulor mihi hodie dari. De quo dixi ad *L. eum, qui Calendis*, §. *ult. supr.*

Ad §. *Decem mihi aut Titio.*

Decem mihi aut, Titio, uti ego velim, dare spondes? Ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio: est ex eo quod illi solvendum, incerti. Finge mea interesse, Titio potius quam mihi solvi, quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset.

SUMMARIA.

1. *Stipulans decem sibi aut Titio non potest agere cum promissore ob id, quod Titio non solvat, etiamsi ei solvi stipulator velit, et hujus id fieri intersit aliud est, si sibi aut Titio decem, utrum velit, quis stipuletur.*
2. *Stipulatio hæc, Mihi aut Titio decem utrum velim, si mihi dari velim* certi est.
3. *Stipulatio eadem, si velim solvi Titio,* incerti.
4. *In stipulatione proposita cum certa quantitas in utriusque persona expressa sit, cur non ex utriusque persona sit certi stipulatio.*
5. *Definitio generalis de stipulationibus in certum locum, tempus, personam collatis.*

1 Cum stipulor decem mihi aut Titio, non
modo hic Titio nihil acquiritur de quo inter omnes convenit: *L. stipulatio ista*, §. *alteri. sup.* sed nec ipse agere possum cum promissore ob id, quod Titio non solvat, etiam si ei solvi velim, et mea intersit id fieri: quia non sum stipulatus absoluto dari Titio; sed mihi aut Titio: quæ disjunctio tribuit promissori electionem utri solvat. *L.* 2. §. *Scævola, sup. eo quod cer. lo.* §. *plane, Instit. de inutil. stipulatio.* At si stipuler mihi aut Titio decem, utrum velim; hic manifestum est id agi, ut mihi solvatur, si velim: aut si malim, ut solvatur Titio. Hinc quæritur, ejusmodi stipulatione interposita, an et quæ sit mihi adversus promissorem actio sive mihi dari velim, sive Titio, si non detur, ut
2 volo. † Papinianus respondet, si mihi dari
velim, stipulationem certi esse; quo significat et me decem petere posse, et in eam rem esse certi condictionem. *L. stipulationum*
3 *quædam, supr. Instit. eod. in prin.* † siu ve-
lim solvi Titio, stipulationem esse incerti. Quo verbo duo itidem contraria complectitur, et incertum hac parte stipulatione contineri, ut peti possit, et peti id actione incerti seu ex stipulatu. *Instit. eod. in princip.* et *L.*
4 *ult. supra, si quis in jus voc.* † Sed quomodo
hac parte incerta est stipulatio, cum id actum sit, ut Titio darentur decem itidem ut mihi quæ quidem non minus in persona Titii certa sunt, quam in mea? Et si quidem stipulatione effici posset, ut non minus ex ea possem decem petere, Titii nomine, quam possum meo, dici nihil posset, quin ex utriusque persona esset certa et certi stipulatio. Nunc autem Titio dari frustra stipulor, nisi mea intersit illi dari, et cum mea interest, hactenus solum possum ex ea experiri, quatenus interest, *L. stipulatio ista*, §. *si stipulor supra, eod.* Quo fit, ut hactenus quoque contineatur incertum stipulatione. Semper enim incertum id, quod interest, cum fieri possit, ut nihil intersit; interdum ut minoris, quam decem; nonnunquam ut pluris: veluti, si pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisse, ut hic Papinianus ait. Idem in *L. si quis, stipulatus.* 112. §. *ult. supr. L. si quis ab alio, supr. de re jud.* qua ratione semper in faciendi obligationibus dicitur incertum contineri. *L. ubi autem*, §. *qui id, quod, supr. eod.* quoniam venit in stipulationem id quod
mea interest. *L. si pœnam, supr. eod.* † Illud 5
hoc loco generaliter notandum est, quoties stipulamur aliquid dari aut certo loco aut certo tempore, aut personæ certæ, toties, stipulationem in eam utilitatem collatam videri, quæ utilitas percipi potuit ex eo loco, tempore, persona. De loco est in *L.* 2. §. *ult. supr. de eo quod cer. lo.* De tempore in *L. si fundum, supr. eod.* De persona est hic locus.

Ad L. *Doli clausula.* 119.

Expositus est hic locus ad L. *stipulationes commodissimum* 53. *supr. eod.*

Ad L. *Si ita stipulatus.* 120.

Idem *lib. XXXVII.* Quæstionum.

Si ita stipulatus fuero, *Hanc summam centum aureorum dari spondes?* etsi maxime ita exaudiatur ille sermo, *Si modo centum aureorum est*, non fecit conditionem hæc adjectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est. Nec placuit instar habere conditionis sermonem qui non ad futurum, sed ad præsens tempus refertur, et si contrahentes rei veritatem ignorant.

SUMMARIA.

1. *Species hujus legis, et ex ea quæstiones duæ.*
2. *Stipulatio hæc, Hanc summam Centum aureorum dare spondes? non est conditionalis.*
3. *Verba hæc,* Centum aureorum, *utrum vi sua hanc adjectionem contineant. Si modo centum aureorum sit summa.*
4. *Demonstratio et causa falsa ut legato non nocet sic nec stipulatione.*

1 Cum esset certa summa in sacculo, aut in arca, quæ in conspectu erat, ac summam putaremus esse centum aureorum, ego eam summam digito demonstrans ita sum stipulatus, hanc summam centum aureorum dare spondes? Si summa postea reperiatur centum aureorum non esse, hic duæ sunt quæstiones. Una eaque prior natura, utrum hæc verba, *centum aureorum*, contineant hanc adjectionem, si modo centum aureorum sit summa, an non contineant. Altera si contineant, utrum ea adjectio habeat conditionem, necne. Papi-
2 nianus hoc loco priorem non attingit. † De posteriore ita respondet, ut dicat etiam si admiserimus superioribus verbis eam adjectionem contineri: tamen eam orationem conditionem non facere: hac ratione, quod conditio rem differat in aliquem casum. §. *sub conditione Inst. eod.* hac autem adjectione nihil differatur: cum si summa centum aureorum est, debeatur statim; si non est, statim nulla sit obligatio. Quo responso Papinianus eam vim exprimit, quam esse diximus conditionum in præsens, aut præteritum tempus conceptarum ad *L. conditiones. sup. eod.* Sed diligenter animadvertendum est, totum hoc responsum esse ex hypothesi: id est, hoc concesso, in his verbis, *hanc summam centum aureorum*, inesse hanc adjectionem, si modo centum aureorum esset, cum hoc quæreretur, an hæc adjectio haberet conditionem: quo modo accipienda sunt illa verba, *etsi maxime ita exaudiatur ille sermo, si modo centum aureorum est*: dictum enim hoc est non affirmantis modo, sed ex concessione; quasi ita diceretur, etsi maxime velimus hunc sermonem ita exaudiri (quod interdum faciendum est: quid enim si id actum sit nominatim, ut deberetur ea summa, si esset centum aureorum?) tamen ne sic quidem hæc oratio conditionem habebit. †
3 Cæterum si de eo quæretur, an hæc verba, *hanc summam centum aureorum*, eam adjectionem vi sua contineat, quam dixi, ut nisi ea summa erit integra, nulla sit stipulatio: dicemus non continere, sed quidquid erit in ea summa, quæ demonstrata est, id deberi: quod diserte scriptum est in *L. si servus legatus.* 108. §. *qui quinque, supr. de leg.* 1. Et certe hæc verba, *centum aureorum*, demonstrationem habent: sunt enim adjecta summæ amplius declarandæ et demonstrandæ caussa. † Porro falsa demonstratio ut legato
4 non nocet, sic nec stipulationi, quemadmodum nec falsa caussa; de quo diximus ad *L. si divortio, supra eod.*

Ad L. *Ex ea parte.* 121.

Idem *lib. XI.* Responsorum.

Ex ea parte cautionis, *Dolumque malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse stipulatus est ille, spopondit ille:* incerti agetur stipulationis utiliter interponendæ gratiæ.

SUMMARIA.

1. *Species huic loco accommodata.*
2. *Doli clausula quam vim habeat.*

1 Fundum inutiliter stipulor non adjecto nomine; triticum inutiliter non adjecta quantitate, *L. ita stipulatus, sup. eod.* Propone hoc modo: cum ageretur inter nos de fundo Tusculano dando, per oblivionem fundum generaliter a te stipulatus sum sub conditione, si navis veniret ex Asia; et adjeci doli clausulam, cavens huic promissioni dolum malum abesse, abfuturumque esse: pendente conditione, dum metuo ne testes decedant, qui interfuerunt, cum de fundo Tusculano dando inter nos ageretur; petii a te, ut mihi fundum ipsum Tusculanum adjecto nomine promitteres, recusas. Quæritur, an id possim aliqua actione abs te consequi.
2 † Papinianus respondet posse me agere in eam rem incerti; nempe in id quod interest ex superiore doli clausula; qua consequar, ut stipulatio, quæ secundum verba inutiliter interposita est, denuo a te utiliter interponatur.

Ad §. *Mulier ab eo.*

Mulier ab eo in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetisset. Nihil caussæ esse respondi, cur ex stipulatu quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam adsequi non possit.

SUMMARIA.

1. *Ex stipulatione hac, Decem dabis, si quis Capitolium ascenderit? et similibus, an impleta conditione pecunia debeatur.*
2. *Pecunia mulieri promissa sub hac conditione, si maritus constante matrimonio concubinæ consuetudinem repetisset, an impleta conditione debeatur.*
3. *Concubinam constante matrimonio habere an turpe Romanis habitum, et an legibus olim prohibitum.*
4. *Maritus ob concubinæ consuetudinem caussam divortii olim non præbuit.*
5. *Promittens ob maleficium ne fiat, an obligetur.*

1 Cum quid promittitur sub conditione, si quid factum sit, ubi nec stipulantis interest id factum non esse, nec ullum in eo factum est, quod proficiscatur a stipulatore, veluti, decem dabis, si quis Capitolium ascenderit? quæri solet, an impleta conditione pecunia debeatur, quia est promissa, an non debeatur, quasi nulla caussa dandi intercedente. Et traditur in *L. a Titio, supr.* deberi, quæcunque sit conditio, sub qua pecunia promissa sit.
2 † Ad eandem dubitationem et regulam referri debet, quod hic quæritur,

pecunia mulieri promissa sub hac conditione, si maritus constante matrimonio concubinæ consuetudinem repetisset, an marito ejus consuetudinem repetente, idest, impleta conditione pecunia debeatur. Est enim et hic pecunia mulieri promissa sub conditione, si quid factum esset, quamvis nec mulier quidquam fecerit, propter quod pecuniam acciperet, et ejus pecuniariter nihil intersit concubinam non induci. Ideo placet hic quoque ex eadem illa definitione nihil caussæ esse, cur non mulier impleta conditione pecuniam possit consequi: non utique solum, quia factum mariti turpe fuerit, et ob id stipulatio ex bonis moribus; sed hoc ipso, quod conditio extiterit, etiam si nihil aliud accederet: nam etsi quid maritus non fecisset turpe, eum stipulationis conditio exigeret, ne faceret, idem juris foret, ut dixi. *d. L. a Titio.* Cur igitur hic respondetur nihil caussæ esse, cur mulier non possit pecuniam consequi ex ea stipulatione, quæ ex bonis moribus concepta fuerat? augendi caussa, ut intelligeretur ideo hoc justius responderi in specie proposita, quam in cæteris, quod aliis conditionibus impletis, quæ ex facto promissoris non pendent, aut ex facto non turpi, sola voluntas promissorem obligat; in hac autem specie præter voluntatem promissoris etiam rei æquitas et honestas stipulationem tuetur, quia delicti, et rei inhonestæ pœna promittitur: expedit autem delicti metui pœnam. *L. si unus, §. pacta, supr. de pact.*
3 † Dixerit aliquis, non fuisse olim turpe Jure Romanorum etiam constante matrimonio concubinam habere, idque ex eo existimari licere, quod Constantinus constitutione effecerit, ne cuiquam licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. *L. unica, C. de conc.* quæ constitutio supervacua est, si et ante habere non licuit. Sed aliud est, turpe id habitum non fuisse, aliud non fuisse prohibitum. Semper turpe habitum fuit apud bonos et graves viros id facere. Itaque omnis etiam honesta et ex bonis moribus conventio semper habita, quæ id factum prohiberet, ut hic locus indicat: sed sive errore, sive sæculi licentia obtinebat, ut liceret facere; certe non erat legibus probihitum; † usque 4
adeo ut si mulier ob hanc caussam vellet a marito divertere, posset quidem ex jure communi Romanorum, quo et sine caussa id facere licebat: *L. Titia, infr. eod.* sed non ita, ut ob hoc factum dici posset maritus caussam divortii præbuisse. Permissum quidem est libertæ uxori ob hanc caussam divertere a patrono: *L. ult. in fin. supr. de divor.* sed permissum, ut potestatem divertendi ex jure communi acciperet, quam prius non habebat: non autem, ut dici posset divortii caussam accepisse a patrono: alioqui si ea gratia id cavebatur, debuit generaliter de omnibus uxoribus caveri. Constantinus autem non tantum id facere turpe putavit, ut antea existimabatur, sed etiam licentiam contra faciendi sustulit. Qua constitutione magis superior stipulatio confirmata est. Nihil admodum necesse est hic quærere, cur placeat pœnam promitti non posse, si maritus ab uxore diverterit: *L. Titia, infr. eod. L. 3. C. de inutilib. stipulation.* promitti autem eam utiliter, si maritus concubinam in matrimonium induxerit. Hoc enim citra controversiam turpe, quod proinde et pœna coerceri honestum est: divertere autem licere etiam honestum et utile Reipublicæ apud Romanos est habitum, ut consequens esset videri contra bonos mores eam libertatem pœnis adstringi. *d. L. Titia, infr.* † 5
Quod in *L. jurisgentium, §. si ob maleficium, supr. de pact.* ita scriptum est; *si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione;* huic loco non adversatur. Hoc enim dictum est de eo, de quo id agitur, ne fiat a stipulatore, et ob non factum ei quid promittitur: veluti, ne hominem occidat, et si non occiderit, ei ipsi pecunia promittitur. Quam quidem illa stipulatur turpiter, ejus rei videlicet nomine, quam coactus legibus præstare debuit. *L. 2. supr. de cond. ob tur. caus.* Hic contra promittitur quidem pecunia, ne quid turpe fiat, sed ne fiat a promissore, et ob factum, non ob non factum promittitur, ut sit nimirum hic delicti pœna; quam recte constitui, et exigi jam diximus.

Ad §. *In insulam deportato.*

In insulam deportato reo promittendi, stipulatio ita concepta, *cum morieris dari*? non nisi moriente eo committitur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio ita concepta. Cum morieris, an deportatione committatur.*
2. *Deportati pro mortuis quando habeantur.*

1 Stipulatus sum a Titio, decem cum morietur, mihi dari: is deinde deportatus est: quæritur, an stipulatio sit commissa, quasi ab eo facto mortuo promissore, et conditione impleta. Movet, quod innumeris in caussis receptum est deportatos pro mortuis haberi, *L.* 1. *§. pen. supr. de bon. pos. cont. tab. L. sed si mors, supr. de do. int. vi. et ux. L.* 4. *§. pen. supr. de bon. lib. L. actionem. §. publicatione, supr. pro soc.* et sunt illi quidem pro mortuis non abs re: ut enim cives morte, sic deportatione eximuntur ex numero civium. *§.* 1. *Inst. quib. mo. inf. pat. pot. sol.* Respondet Papinianus non nisi vere moriente promissore stipulationem committi. Recte: re enim vera deportatio mors non est, et qui in numero civium non vivit deportatus, nihilominus vivit natura. 2
† Nihil obstant ii loci, quibus traditur deportatos haberi pro mortuis. Id enim tunc locum habet ex loquentis sententia, cum eum, qui de mortuo loquitur, verisimile est idem admittere et in eo, qui est deportatus: quæ conjectura in promittentem non cadit, cujus interest non teneri ultre, quam verbo continetur. Quod si in verbo ambiguo id sequimur, quod promissori prodest, stipulatori nocet. *L. stipulatio ista. §. in stipulationibus, L. quidquid, supr.* quanto magis in certa et non ambigua significatione proprietatem verbi retinebimus, quæ sit pro promissore?

Ad §. *Ex facto rei promittendi.*

Ex facto rei promittendi, doli stipulatio heredem ejus tenet: sicut ex cæteris aliis contractibus: veluti mandati, depositi.

SUMMARIA.

1. *Heredes in pœnam cur non succedant, et quando hoc receptum sit.*
2. *Actiones rei persecutoriæ ex contractibus veniente in heredes dantur, licet delictum quoque in his versetur.* et n. 4.
3. *Ex deposito tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa, actio ex dolo defuncti in heredem in simplum, non in duplum datur.*
5. *§.* Aliquando, Instit. de perp. et temp. act. *explicatur.*

1 Et si conditio heredis exigere videbatur, ut qui universi juris successor est *L. heres in omne. supr. de acquir. her.* qui in jus et locum defuncti succedere dicitur, *§. quædam, §. supr. de eden.* idem non tantum commoda defuncti susciperet, sed etiam incommoda, iisdemque et actionibus et oneribus sina exceptiona subjiceretur, quibus defunctus: id tamen aliis in caussis omnibus receptum. *L.* 1. 2. *et* 3. *supr. de bon. poss. L. more, supr. de acquir. her.* in una hac non placuit, si actio qua tenebatur defunctus, pœnam delicti persequitur. De quo ita constitutum est, heredes pœna non teneri; in pœnam heredem non succedere. *L. constitutionibus,* supra, *prox. tit. L. pen. supr. de op. no. nunc.* Quod est æquissimum; non ea tantum ratione, quæ redditur in *d. L. si pœna,* infra, *de pœn.* quia pœna constituatur in emendationem hominum; quæ mortuo eo in quem constituitur, desinit: sed illa potius, quod cum pœna constituatur coer-

cendi delicti caussa: *L. aliud est fraus, supr. de verbor. signific.* consentaneum sit, ut peccata teneant suos auctores, nec longius progrediatur metus, quam fuerit delictum, ut et constitutum est *L. sancimus, C. de. pœ.* Videri autem potuit generaliter pœna delicti esse, cum defunctus ita quod dolo fecit, ut nihil inde ad eum perveniret, et tamen teneretur eo nomine: ac proinde cum quid hujusmodi accidit, dici posse heredes non teneri. Sed hoc tunc receptum est, cum obligatio pœnæ ex delicto defuncti originem habet. Unde juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere, *§. non autem, Inst. de per. et temp. act.*
2 † Quod si ex contractu obligatio veniat, hoc ipso actio rei persecutionem habere videtur non pœnæ. *L. si hominem, §. datur, supr. dep. §. sequens, Inst. de act.* Inde rursum illa altera regula juris, in quos hæ actiones competant; ex contractibus venientes actiones in heredes dari, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est. *L. ex contractibus, L. ex depositi, supr. prox. tit.* Est autem et stipulatio contractus, *L. non solum, supr. prox. tit.* quapropter quod de cæteris contractibus hic definitum est, etiam ad stipulation m pertinet, ut ibidem traditus: veluti si proponas promissorem dolo quid fecisse, ex quo adversus eum ex stipulatu actio sit: quod tunc sit, cum stipulatio doli est interposita. Hic non solum ex ea caussa tenebitur promissor, sed etiam eo mortuo heres ejus, quamvis ad eum nihil inde pervenerit. Nec metuemus, ne videatur hoc modo heres in pœnam succedere contra constitutiones: cum hic, ut dixi, non pœna versetur, sed rei persecutio; propterea quod id solum præstet, quod abest stipulatori. †
3 Plane si præter id, quod creditoris interest, exigatur aliquid amplius a debitore, lege hoc ita adversus eum constituente delicti ejus coercendi caussa: pœna id erit, non rei persecutio, etiam si sit delictum in re ad contractum pertinente admissum. Quod enim excedit id quod interest, id contractu non continetur: ut sit in deposito, cum quid tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum est; ubi si quid dolo fit ab eo, qui accepit, actio in duplum constituitur. *L. 1. supr. dep.* quæ actio in simplum rei persecutoria est: in id quod excedit, pœnam continet: unde et mixta dicitur a Justiniano in *d. §. sequens, vers. plano, Inst. de act.* Idcirco placuit hanc actionem ex dolo defuncti in heredem in duplum non dari, quia in eo duplo sit pœna: sed tamen non eo minus ex hac caussa dari in simplum, quia hactenus ex contractu sit et rei persecutione. *d. L. 1. et L. de eo supr. depos.* † 4
Quod si nihil amplius persequetur ex contractu actio, quam id quod contractus proprium est, id est, id quod interest, jus hoc constitutum esse debet, quamvis in eo contractu debitor dolose versatur ex eo facto cœperit teneri, ut maxime nihil ex eo dolo ad debitorem pervenerit, tamen actionem etiam in heredem competere. *d. L. si hominem. §. datur. dep. d. L. ex contractibus, supr. prox. tit.* † Sed hic nos impediunt 5
verba Justiniani, quæ leguntur in *§. aliquando, Inst. de per. et tem. act. Aliquando tamen*, inquit, *etiam ex contractu actio contra heredem non competit: veluti, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit.* Et sane superiori sententiæ contraria sint, si in posteriore membro, quod explicationis loco subjicitur, hæc tantum verba subintelligamus, ex contractu actio contra heredem non competit, quæ verba prius præcesserant. Nec multum profuerit, si quis divinando detraxerit particulam, *veluti*, contra fidem Codicum: nam et tum idem contextus futurus est. Sed in posteriore membro totum prius repetendum est; tum optime ille locus cum aliis consentiet. Est ergo hic sensus: veluti, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil pervenit, subaudi: fiet hoc casu, non ut actio semper contra heredem non competat, sed ut aliquando non competat, ut erat propositum. Verum est autem, cum defunctus dolo versatus est in contractu, aliquando in heredem actionem non dari; quod accidit in deposito, ut supra ostendimus, Idemque fieret, et si quis alius esset contractus, in quo ultra id quod creditori abest, constitueretur alicujus summæ persecutio.

Ad L. *Qui Romæ.* 122.

Scævola *libro XXVIII. Digestorum.*

Qui Romæ mutuam pecuniam acceperat solvendam in longinqua provincia per menses tres, eamque ibi dari stipulanti spopondisset: post paucos dies Romæ testato creditori dixit, paratum se esse Romæ eam numerare, detracta ea summa quam creditori suo usurarum nomine dederat. Quæsitum est, cum in integrum summam qua stipulatione obligatus est, obtulerit: an eo loco in quo solvenda promissa est, sua die integra peti posset. Respondit, posse stipulatorem sua die ibi ubi solvendam stipulatus est, petere.

SUMMARIA.

1. *Hypothesis proposita in princ. hujus legis.*
2. *Quæstio, responsum Scævolæ, ejusque ratio.*
3. *Oblatio incongruo loco facta non liberat debitorem.*
4. *Oblationis effectus, ubi locus solutionis non est expressus.*
5. *Die certo nominatim solutioni dicto, an liceat debitori, pecuniam ante offerendo, usurarum præstationem evitare.*
6. *Dies usuris intervenientibus creditorisne an vero debitoris caussa adiiciatur.*
7. *Pactio, ut, qui pecuniam post annum sub usuris promisit, non liceat ei ante annum invito creditore solvere, an valeat.*

1 Debitor Romæ mutuam pecuniam accepit, solvendum in longinqua provincia, puta Ephesi, idque *per menses tres*; ut est lectio Pandectarum Flor. idest, ita solvendam, ut esset potestas solvendi per spatium trium mensium. Quo non significatur eam solvi posse particulatim distributis per singulos menses pensionibus hoc enim modo non solvitur tota per tres menses, sed partes tantum: de tota autem per tres menses solvenda convenit. Nec ad rem pertinet quod postrema pensione tertio mense soluta evenit, ut tota pecunia soluta intelligatur. Ideo enim hoc evenit quia post tres menses incipit esse soluta: non quia per tres menses præcedentes soluta fuerit. Significatur igitur id cautum esse, ut pecuniam per tres menses, et quod idem est, intra tres menses solvere liceret, ut ante quidem non posset exigi, quam tres menses præteriissent; veruntamen et intra tres menses debitori potestas esset solvendi, si vellet. Quod consulto adiectum videtur, quia facit ad ambigendi caussam. Nam si dictum esset, post tres menses posset dubitari, an non nisi finitis tribus mensibus posset solvi invito creditore. At ubi dictum est licere per tres menses, dubitatio est sublata: ostenditur enim intra eos menses tres etiam statim solvere licere: quod statim exigi non poterat, ut fieret, si pecunia accepta esset solvenda intra tres menses. *L. si ita fuerit. 41. §. ult. supr. de manu. test.* Convenerat autem etiam inter crediturem et promissorem de usuris præstandis, quas et debitor prorogaverat vel in menses tres totos, quibus pecunia uti constituerat, vel in unum aut alterum mensem. Facultate statim solvendi ita accepta, uti supra scriptum est; hac usus debitor post paucos dies pecuniam obtulit creditori detracta ea summa, quam usurarum nomine dederat; idest, totam sortem, quam debebat, excepta ea summa, quam usurarum nomine prærogaverat, quod vellet eam summam in reliquum quod sorti deerat, imputari utpote indebitum solutum. Sed obtulit Romæ contra legem stipulationis, qua actum erat, ut pecunia solveretur Ephesi. Quam ob rem creditor accipere recusavit. † Quæsitum, 2
est; an sua die, idest, finitis tribus mensibus, integra peti possit eo loco, quo solvendo promissa est. Respondet Scævola peti

posse, An quod hic fuit tantum debitoris oblatio, quæ sola nec debitorem a sorte liberat, nec inhibet cursum usurarum? L. *acceptum*. *C. de usur*. *L. obsignatione*, *C. de solv*. Minime: etsi enim oblatione sola non liberatur ipso jure debitor: tamen si pecunia recte oblata sine dolo malo ejus perierit, exceptione doli mali tutus est. *L. qui decem*, *infr. de sol.* hic autem vult intelligi Scævola pecuniam ante oblatam suo loco peti posse omni modo, sive ea periisset debitori postea, sive non periisset. Sed etsi usuræ ita essent promissæ, si sors sua die soluta non esset, et sors sua die recte oblata esset, non committeretur postea usurarum stipulatio. *L. si per te*, *C. de us*. Scævola autem respondet in proposito pecuniam peti posse integram, significans in eam summam, quæ usurarum nomine prærogata erat; proinde et eam summam deberi cœpisse. Intelligit igitur Scævola in proposito nullo modo eam oblationem debitori prodesse, ne in iis quidem, quæ alioqui oblationi debitoris interdum tribui solent: scilicet quia non sufficit pecuniam obtulisse, nisi recte, idest, opportuno loco et tempore debitor obtulerit. *d. L. qui decem*. *infr. de sol.* Quod hic factum non est: obtulit enim ille quidem suo tempore, quia intra tres menses, ut potestatam solvendi acceperat: sed obtulit Romæ, quod ex stipulatione sol-
3 vere debuit Ephesi. † Alio loco, quam in quo solvenda promissa est, solvi pecunia invito creditore non potest. *L. pen. supr. de eo quod cer. loc. L. fidejussor*, §. 1. *infr. de sol.* si quidem locus non solius debitoris caussa adiicitur, sed etiam, et quidem maxime creditoris. *L.* 1. *et* 2. *supr. de eo quod*
4 *cer. loc.* † Quid ergo, si hic locus adiectus non esset? Jam dixi, potestate per tres menses sive intra tres menses solvendi data, quod hic factum proponitur, nihil fieri contra conventionem: sed maxime ex conventione, si pecunia etiam statim a debitore offeratur. Proinde si tum debitor pecuniam statim offerret, diceremus usurarum stipulationem posteo committi non posse: ideoque eam summam, quæ usurarum nomine data esset, quandoque imputari posse in sortem: hic eventurum, ut sors quanta data esset, non posset a creditore peti integra, sed solum detracta ea summa, quam prius accepisset. Etsi enim sola oblatio sortis non interpellat cursum usurarum, qua ex stipulatione semel deberi cœperint: *L. acceptum*, *C. de usur.* tamen rebus integris interposita, quominus usurarum stipulatio committatur,
5 facit. *L. si per te*, *C. de usur.* † Quid, si nominatim certus dies solutioni dictus esset, aut certum tempus, puta Calendis tertiis dabis? vel, post tres menses dabis? an illi permittendum est pecuniam ante offerre, et evitare usurarum præstationem? Si dies etiam creditoris caussa adiicitur, non licet. *L. si ita relictum*. §. *Pegasus*. *supr. de legat.* 2. *L.* 3. §. *cum Polidius*, *supr. de usur.* si adiicitur caussa debitoris, licet. *L. quod certa*, *infr. de sol.* † Et vulgo putant usuris 6
intervenientibus medii temporis, diem adiici creditoris caussa propter commodum usurarum. Proinde ante diem solvendo, debitorem usuras medii temporis evitare non posse. Quod mihi non probatur: apparet enim semper diem principaliter adiici differendæ solutionis caussa, dum id agitur, ut liceat debitori intra constitutum tempus negotium suum agere, et pecunia uti suo arbitratu. Per consequentiam autem fit, ut quoniam ante diem debitor pecunia utitur, etiam ante diem ejus temporis usuras pro usu præstet. Porro in omni contractu spectare debemus initium contractus et caussam, non id quod fit per consequentiam. *L. si procuratorem*, *in princ. supr. man.* arg. in *L.* 1. *supr. de auct. tut.* Fateor usuras ante diem adiici creditoris caussa. Id quod præterquam quod res ipsa docet, etiam probat *L.* 2. §. *mea*, *supr. mand.* Sed consequentiam, ut dixi, non principaliter; recte enim confertur dies ad solutionem sortis, cujus solius differendæ caussa aperte adiicitur: ad usurarum præstationem, si verba spectentur, nullo modo.
† Quid tamen, si nominatim convenerit, ut 7
qui pecuniam post annum sub usuris promisit, non liceret ei ante annum invito creditore solvere? Videtur non iniqua esse conventio: proinde servanda: et vero aliud statui posse non videtur sine stipulatoris iniuria. Nam si debitor aliis eam pecuniam elocare potest sub iisdem usuris, et locat: non est iniquum eum usuras reddere, quas accepit. Si non locat, culpa ejus est. Factum cuique suum, non adversario nocere debet. *L. factum*, *infr. de reg. jur.* Et certe creditor juste ita dicet; si pecunia mea uteris, usuras solve, si non uteris, ipse collocato, si velis: hanc ego molestiam nolo subire. Quod si debitor non reperit, quibus pecunias locet; æquum est hoc damnum ad debitorem potius pertinere quam ad stipulatorem; qui is pecuniam huic debitori non credidisset, potuisset in tempore habere alios, quibus crederet. Non est autem æquum cuiquam damnosum esse officium suum. *L. sed si quis*, *supr. test. quem. op.*

Ad §. *Callimachus.*

Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria, civitate Beryto, usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis, et Brentesium perferendis, et quas Brentesio empturus esset, et per navem Beryto inventurus. Conveni̇tque inter eos, uti cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembris, quæ tunc proximæ futuræ essent, aliis mercibus emptis, et in navem missis, ipse in Syriam per navigium proficiscatur: aut si intra diem suprascriptam non reparasset merces, nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio, et præstaret sumptus omnes persequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus; et cum ante idus suprascriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Erote conservo Stichi, quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit quæsitum est, nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces Beryto perferendas in navem misisset eo tempore quo jam pecuniam Brentesii reddere Romæ perferendam deberet: an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia suprascripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam Romam perferret: et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur. Respondit, secundum ea quæ proponerentur, teneri. Item quæro, si Callimacho post diem suprascriptam navigante, Eros suprascriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel acquisitam adimere potuerit. Respondit non potuisse: sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocunque tempore in quemvis locum reddi.

S U M M A R I A.

1. *Species facti.* et n. 3.
2. *Nautica pecunia, seu trajecticia quæ.*
4. *Quæstio hujus loci, et responsum Scævolæ.*
5. *Verborum quorundam hujus §. explanatio.*

1 Callimacho debitori mutua pecunia data est ea lege, ut Beryto, ubi accipiebatur, traiiceretur Brentesium usque, inde aut ipsa pecunia, aut merces ibi emptæ reportarentur Berytum; per omne autem id navigationis tempus ut pecunia esset credita periculo creditoris, nec ante pecunia accepta debeatur, quam navis salva Berytum redisset. Quod posterius factum esse ex verba nauticæ pecuniæ, qualis hic fuisse pecunia proponi-
tur, intelligimus. †. Nautica enim pecunia 2
eadem est, quæ et dicitur traiecticia *L.* 1. *et*

L. 3. *supr. de anu. fœn.* Est autem traiecticia pecunia, quæ datur, ut in certum lucum navigatione traiiciatur periculo creditoris. *d. L.* 1. *L. fœnerator, vers. sed cum, de naut. fœn.* Inde traiecticiæ et nauticæ nomina, quod ea pecunia et traiicialur, et id fiat ut navigatione, ita et nautarum opera. Quæ hic in specie fasti de hypotheois interseruntur, ad quæstiones hoc loco propositas nihil
3 pertinent. ✝ Sed quod præcipue pertinent, superioribus conventio adiecta est, ut sic per illud navigationis tempus pecunia, uti convenit, esset nautica, idest, periculo creditoris, si Callimachus merces Brentesii emptus mitteret in navem ante Idus Septembres proximas, et ante easdem enavigaret, idest, solveret portu Brentesio. Quod ni fecisset, ut continuo redderet universum pecuniam periculo suo exinde futuram, quasi perfecta jam navigatione Quod Andreas Alciatus *Lib.* 10. *Parer. C.* 11, docto animadvertit a creditore adiectum esse propter difficultatem et periculum navigationis, quod insequi solet mensem Octobrem et sequentes, dum cavet, ne id periculum navigationis in pecunia subeat. Mutuo ita contracto, atque hic conventionibus ita interpositis accidit, ut Callimachus contra conventionem enavigaret Brentesio post Idus; factum tamen id consensu Erotis servi, qui a creditore missus erat cum Callimacho *ad* pecuniam, si opus es-
4 set, repetendam, ✝ Nave postea submersa quæsitum est, an Callimachus pecuniæ acceptæ nomine teneatur. Respondet Scævola, quod est in promptu, non teneri. Cum enim promiserit se eam pecuniam redditurum, si quid non præstitisset; certum est eo non præstatio committi stipulationem, cujus conditio exstiterit. Sed pro Callimacho faciebat Erotis consensus. Quæritur igitur, an quid Callimacho is consensus prosit. Respondet Scævola, quod et ipsum juris explorati, si de prorogando enavigandi tempore nihil Eroti nominatim mandatum esset, eum actionem domino quæsitam paciscendo adimere non potuisse, quod jus traditur in *L.* 3. *filius. C. de pac. L. contra* §. *ult. sup. de pac.* Quod si quid de eo mandatum esset Erotis teneri quidem Callimachum ipso jure, quia stipulatio semel commissa pacto non tollitur; *L. si unus,* §. *pactus, supr. de pac.* sed petenti ubstaturam pacti seu doli exceptionem; quod et ipsum de vi pacti diserte
5 traditum est in §. *præterea*, *Inst. de exc.* ✝

In verbis facti quod hic refertur, hæc observanda sunt. Nautica pecunia hic nominatur *in principio*: quæ sit, initio diximus. Brentesium hic dicitur, quod Latini Brentusium appellant, more Græco, ut recte annotavit eodem in loco Alciatus. Reparare merces, quibus verbis et Scævola utitur, est prioribus venditis alias emere; atque hoc modo iterum parare. *L. quidam. in princ. supr. de in rem vers.* In primis notandum Sejum, qui nominatur *in principio*, eundem esse, qui vocatur postea LUCIUS TITIUS in illis verbis. *eaque sic recte dari.* Animadvertenda etiam lectio Pandectarum Flo. in illis verbis, *et cum ante Idus.* quia ostendit Callimachum ante Idus Septembres enavigasse Brentesio mercibus in navem missis: utrumque secundum conventionem: quod paulo post factum negatur, in *vers. quæsitum.* et ita negatur, ut factum non esse Scævola confirmet responso suo: utpote qui dicat stipulationem esse commissam. Unde apparet priorem illam lectionem esse vitiosam, eique deesse negationem: quod et ipsum recte observavit Alciatus eodem illo capite. Sed ille ita legendum putat ex vulgari lectione, *et cum non ante Idus enavigaverit*, ubi et additur particula, *non, et pro enavigavit*, reponitur, *enavigaverit.* Minus recedetur a Florentina lectione, si retento eodem verbo enavigavit, et nulla extrinsecus accersita negatione, particula, cum, mutetur in non, ut sit lectio, *si non Idus enavigavit:* ubi et optime constat oratio, et nihilominus eadem sententia efficitur. Quidam satius putant horum locorum conciliandorum caussa priorem lectio Pandect. Florentinarum retineri, et emendari illa verba, quæ postea sequuntur; *cum secundum cautionem Calimachus merces Beryto perferendas in navem misisset eo tempore*; et pro his ita legi: *merces Berytum perferens in navem mansisset eo tempore*; ut significantur Callimachum merces quidem misisse in navem ante Idus, sed cum mansisset in nave, non enavigasse ante Idus secundum conventionem. Quod nullo modo recipiendum videtur, nam prior illa lectio Florentina non tantum indicat Callimachum merces misisse in navem ante Idus, sed etiam ante enavigasse. Deinde in posteriore, quæ restituitur, non potest recte dici Callimachus perferre merces Berytum, qui in portu adhuc, et in nave maneat: sed recte manere in nave perlatis eo jam ante mercibus.

Ad §. *Flavius Hermes.*

Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis caussa donavit, et ita de eo stipulatus est: *Si homo Stichus de quo agitur, quem hac die tibi donationis caussa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus, vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, pœnæ nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes: spopondit Claudius.* Quæro, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest. Respondit nihil proponi, cur non potest.

Item quæro, an si Flavii Hermetis heres a Claudii herede pœnam suprascriptam petere voluerit: Claudii heres libertatem Sticho præstare possit ut pœna liberetur. Respondit posse.

Item quæro, si Flavii Hermetis heres cum Claudii herede ex caussa suprascripta nolit agere, an nihilominus Sticho libertas ex conventione quæ fuit inter Hermetem et Claudium, ut stipulatione suprascripta ostenditur, ab herede Claudii præstari debeat? Respondit debere.

SUMMARIA.

1. *Species facti.*
2. *Donator, qui subiecta pœna stipulatione servum donavit ea lege, ut eum donatarius manumitteret, an adversus donatarium de libertate recte experiatur.*
3. *Constitutio qua servis venditis ea lege, ut manumittantur, non servata fide libertas ipso jure datur, etiam ad servos eadem lege donatos pertinet.*
4. *Servus donatus hac lege, ut vindicta manumitteretur, sine manumissione ex constitutione liber non sit.*
5. L. 3. et *L. ult.* C. Si manc. ita fu. al. *quando locum habeant.*
6. *Donatarii heres, si servo non manumisso donator heresve ejus pœnam petere voluerit, an servum manumittendo pœnam evitare possit.*
7. *Donatore ejusve herede in proposito de libertate non agente, an servo libertas a donatario hereve ejus nihilominus præstanda sit.*
8. *Donatore heredeve ejus agere cessante, quis qua actione de libertate agat.*
9. *Regula generalis, Alteri per alterum actionem quæri non posse, quomodo sit accipienda.*
10. *Servos in quibusdam caussis in judicio consistere posse.*
11. *Judicii in præsenti casu exitus quis.*

1 Flavius Hermes hominem Stichum donavit Claudio manumissionis caussa, id est, ea lege ut servum manumitteret. Sed donavit non cujusvis manumissionis caussa verum ita ut manumitteret cum vindicta, ut ex subiecto exemplo stipulationis intelligitur; quod genus manumissionis non transigitur, nisi apud Magistratum *L. an apud, L. pater, supr. de mand. vind.* Ex hac conventione dubitandum non est, quin agi possit Jure Civili. Nam etsi stipulatio secuta non esset; tamen negotium civile gestum est: ex quo nascitur servo non manumisso præscriptis verbis actio in id, quod donatoris interest, aut rei donatæ condictio. L. *naturalis*, §. *at cum do*, *supr. de præs. ver.* Nunc autem ut de actione in id quod interest, non valde laboretur, subiecta hic est pœnæ stipulatio, qua donator stipulatur centum, si Claudius servus non manumisisset. Hanc pœnam servo non manumisso ex stipulatu peti posse certum est. Sed tria hic quæruntur. † Primum an possit donator Claudium de libertate convenire: idest, ob libertatem hoc nomine, quod Claudius servum non manumiserit. Scævola respondet 2

nibil proponi, cur non possit. Imo hic vi-
dentur aperte duo impedire: unum, quod
conventioni manumissionis caussa interpo-
sitæ stipulatio pœnalis subiecta est; alterum,
quod Stichus sua sponte videtur liber fieri
ex constitutionibus sine alia manumissione.
Et subiecta quidem pœna stipulatione a
priore conventione recessum, ejusque quasi
novationem fieri simili in specie traditum
videtur in *L. obligationum*, §. *ult. supr. de
obl. et act.* Sed jam ante monui ad *L. ita
stipulatus, circa fin. supr.* observandum esse
id tum dici eo loco, cum duæ sunt stipu-
lationes; prior faciendi; posterior pœnæ,
si id factum non sit, de quo priore stipu-
latione cautum erat. Ostendi ei sententiæ
locum non esse, cum prius convenit tan-
tum, ut quid fieret sine stipulatione, idque
probari in *L. duo. societatem.* illic, *sed quo-
niam. supr. pro soc.* et *L. prædia, supr. de
act. empt.* id ipsum et in specie hoc loco pro
posita factum videmus. Quocirca et hunc
locum accedere oportebit ad ejusdem senten-
tiæ confirmationem. Differentiæ rationem il-
lic exposui. Nam ut dicamus pœnali stipula-
tionem faciendi conventione subjecta tunc
novationem non fieri, cum minus est in
stipulatione pœnali, hic locus peti non vide-
tur, ubi ostendit Scævola non fieri novatio-
nem; tamen apparet plus esse in pœna,
quam in conventione præcedente, aut certe
tantundem. Constat enim pecuniariter nihil
interesse donatoris servum donatum, utpote
alienum manumitti: nisi prius donator
pœnam alii promiserit, si servus manumis-
sus non esset. Nec obstat, quod libertas æ-
stimabilis quædam res est. *L. libertas, infr.
de reg. jur.* Nam hoc ipso dicimus hic nihil
interesse donatoris pecuniariter, quia nihil
est, quod possit æstimari. Quod ad liber-
tatem Stichi donati attinet, extant consti-
tutiones, quibus cavetur de servis venditis, ut
si quis venditus sit ea lege, ut manumit-
tatur, non servata fide continuo ex ipsa
constitutione sit liber, *L. 3. L. ult. C. si*
3 *manc. ita fue. al.* † Ad servos venditos di-
cet aliquis, hæ constitutiones pertinent, non
ad donatos. Imo constitutio Marci Impera-
toris, qua primum de servis hac lege ven-
ditis superius jus constitutum est, ut decla-
rat. *d. L. 3. C. si manc. ita fu. al.* citra
hæsitationem sic accepta est, ut placeret ad
servos eadem lege donatos pertinere. *L. pen.
supr. qui ma, ad. lib. per. L. caussam, supr.
de manu. L. 1. C. si man. ita fu. ali.* Non-
dum id obtinuerat temporibus Scævolæ, in-
quies. Hoc quidem divinare est, non doce-
re. Sed et illud verisimile non est Papinia-
num incunctanter ex sententia superioris
legis ad servos donatos argumentari; *d. L.
pen. supr. qui si ma. ad lib. per.* hanc autem
sententiam Scævolæ summo Jurisconsulto,
et qui Marci Imp. Consiliarius fuit, ut
scribit Lampridius in *Mar. Philosopho*, co-
gnitam non fuisse. Ac demus etiam illi non
fuisse cognitam, atque id jus postea transla-
tum esse ad servos donatos: semper in eodem
Luto hærebimus. Nam quæ hic dicuntur
sub persona Scævolæ, ex Justiniani persona
accipienda sunt: ut ex ejus voluntate veram
esse oporteat et Scævolæ sententiam hoc
loco, et nihilominus constitutiones superiores.
*L. 1, §. omnia, L. 2. §. tanta, C. de vet. jur.
enucl.* Quod et nobis admittendum est, nec
quominus id fiat, ulla repugnantia horum
locorum impedimur. Observandum est enim,
quod Duarenus hoc loco recte animadver-
tit, in proposito Stichum donatum esse ma-
numissionis quidem caussa, sed non sim-
pliciter manumissionis, verum ut manumit-
teretur vindicta. † Qui hac lege donatos est, 4
verum est ex sententia Scævolæ hunc sine
manumissione ex constitutione liberum non
fieri; et ideo de ejus libertate adhuc agen-
dum esse. Alioqui eveniet, ut sine vindicta
liber fiat, quem donator vindicta liberum
fieri voluit, atque ita fiat contra conventio-
nem et voluntatem donantis ejus ipsius, qui
manumissioni legem dixit; quod non est
consilium constitutionum. Lex enim eum,
qui venditus est ea lege, ut manumittere-
tur, transacto constituto tempore liberum
esse jubens, id agit, ut voluntatem secuta
donantis domini hanc confirmet, non ut
contra voluntatem faciat. † Et ideo tunc 5
solum eas constitutiones locum habere ob-
servandum est, cum quis venditus est ea
lege, ut manumitteretur; ut manumittere-
tur, inquam, conventione indefinite interpo-
sita, non ut manumitteretur nominatim hoc
aut illo modo. *d. L. 3. L. ult. C. si manc. ita
fu. al.* Qui hac lege datus est, ut manumitta-
tur quovis modo, non fit liber contra con-
ventionem, si fiat liber ipso jure. † Secundo 6
loco hic quæritur, servo non manumissu si
donator, heresve ejus a Claudii herede pœ-
nam supra scriptam petere voluerit, possitne
Claudii heres servum manumittendo pœnam
evitare. Servo non manumisso pœnam ex sti-
pulatione esse commissam, et peti posse, pro
certo habet Scævola: et recte, postquam
conditio stipulationis extitit. Intra quod au-
tem tempus servus ex proposita conventione
manumitti debeat, traditur in *L. ult. supr.
qui si ma. ad lib. per.* Sed an qui pœnam se-
mel debere cœpit, possit eam suo facto evitare,

hoc est, quod habet dubitationem: *cur enim debitor facto suo suam obligationem tollat*, inquit Paulus? *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *supr. eod.* De herede autem Claudii potius quærit Scævola, quam de Claudio ipso, ut intelligeremus, si hoc quod quærit heredi facere licet, multo magis Claudio, idest, auctori ipsi facere licuisse. Respondet Scævola etiam heredem libertatem Sticho præstare posse, eoque facto liberari. In quo expressit certi juris sententiam, pœna certæ pecuniæ semel commissam ob id, quod factum non est, quod fieri debuit, debitorem heredemque ejus postea offerendo, quod debuit, pœnæ petitionem evitare; de qua sententia diximus ad *L. si servum*, §. *sequitur*, *supr. eod.* Constituitur autem in *L. si insulam*, *supr. L.* 1. *supr. de pe. leg. L. cum sine*, *supr. quan. di. leg. ce.* Quod sic accipiendum esse docuimus, si id quod fieri debuit, promissum sit sine præfinitione temporis. *L. trajecticiæ*, *sup. prox. tit. d. L. cum sine*, *quan. di. leg. ced.* ut fit in hac specie, ubi actum est, ut servus manumitteretur
7 nullum intra certum diem. † Tertium quæritur, si hic neque donator, neque donatoris heres agant de libertate, an nihilominus libertas servo ex conventione præstanda sit vel a Claudio, vel a Claudii herede. Respon-
8 det Scævola uno verbo præstari debere. † Quæro, quo agente? et si nullus alius est, qui agat, restat, ut intelligamus id fieri debere agente servo. Qua actione? dicendum est eadem, qua ageret donator ex supra scripta conventione: ut hæc donatori primum quæsita deinde post ejus voluntate ab ipso in servum transferatur, non directa, sed utilis: sicut evenit et tunc, cum quid donatum est alicui ea lege, ut is rem Titio restitueret. Nam et hic placuit conditionem rei donatæ utilem Titio ultro dari, quæ prius donatori ipsi quæsita esset, ut ab illo in Titium translata. *L. quoties*, *C. de donat. quæ sub mod.* Sed hic duo obstant servo: regulæ juris de actione alteri acquirenda, et conditio personæ. Jure nemo alteri paciscí aut stipulari potest, ut alter suo nomine agat. *L. quæcunque gerimus*, *supr. prox. tit. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* Generalius etiam traditum est alteri per alterum actionem quæri non posse. *L.* 1. *C. per quas per. L. si ita stipulatus*. §. *Chrysogonus*, *infr. eod.* Servi autem conditione personæ judicio interesse non possunt. *L. servus*, *C. de jud.* Sed nihil horum actionem superiorem impedlet: nam primum donator in hac specie nihil paciscitur, aut stipulatur servo, sed sibi, ut sic ab ipso actio illi quæsita in servum qui manumitti debuit, transeat. † Et quod dicitur 9
generaliter alteri per alterum actionem quæri non posse: sic accipiendum est, ut non possit directa: nam utilis potest hoc modo, si quis actionem prius in persona sua constitutam in alterum translatam velit, ut declaratur exemplis *dict. L. quoties*. *C. de do. quæ sub mod. L. pen. C. ad exhib.* qua de re diximus plura ad *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* † Quod attinet ad conditionem personæ, 10
non est perpetuum, ut servus in judicio consistere non possit. Quædam caussæ excipiuntur, quæ referuntur in *L. vix certis*, *supr. de jud.* in quibus est illa, cum de libertate adversus dominum agitur. † Judici 11
exitus erit, ut Judex jubeat dominum manumittere. Quod si non facit, servus jure pro libero habebitur. Arg. in *L.* 5. *supr. de man. L. non tantum*, §. *Senatusconsulto*, *supr. de fid. lib. L. qui se supr. de jud.*

Ad §. *Coheredes.*

Coheredes cum prædia hereditaria diviserant, unum prædium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo, vel ejus successori venderet centum vigintiquinque. Quod si quis aliter fecisset, pœnam centum invicem stipulati sunt. Quæro, cum coheres mulier coheredis liberorum tutores sæpius testato convenerit, et desideravit ut secundum conventionem aut ement, aut vendant: hique nihil tale fecerint: an si mulier extero vendiderit, pœna ab ea centum exigi possit. Respondit, secundum ea quæ proponerentur, obstaturam doli mali exceptionem.

SUMMARIA.

1. *Cautionis inter coheredes interpositæ, ut si quis eorum prædii communis partem vendere velit, eam coheredi suo vendat, effectus.*
2. *Definitio generalis. Pro soluto habendum esse id omne, in quo accipiendo creditor moram fecit.*
3. *Pœnæ ex compromisso debitæ alia, alia ejus quæ quavis alia ex caussa promittitur, est conditio.*
4. *Pretio certo in cautione superiori non constituto, si quod nimium pretium exigit promissor, id coheredi displiceat, an impune extero vendere liceat.*
5. *Coheres ut emeret semel interpellatus, si emere neglexerit, an sine pluribus interpellationibus tuto partem alii promissor vendat.*
6. *Coheres, qui ex conventione debet partem suam vendere, an idem offerente coherede partem suam, eam emere cogatur.*
7. *Tutores, an partem pupilli sine decreto recte vendant.*
8. *Exceptio doli in proposita qua conditione ei, qui partem suam contra conventionem alii vendidit, detur.*
9. *Conventio, ne cui rem suam, seu partem rei suæ alienare liceat, an utilis.*

1 QUI in re communi hereditaria cavit coheredi suo se partem suam, si alienare voluisset, coheredi vel heredi ejus venditurum centum, et si aliter fecisset, promisit pœnam; placet eum etsi alii vendiderit, non teneri, si prius denunciavit coheredi, ut emeret, et ille emere neglexit. Sic tamen non teneri, non ut non teneatur ipso jure, sed ut si pœna ab eo peti cœperit, is doli mali exceptione defendatur. Quod ait Scævola promissori hoc casu exceptionem dari: declarat ipso jure commissam esse pœnam, non est enim exceptio, nisi adversus intentionem Jure Civili comparatam. *Instit. de except.* Et recte dicitur pœna esse commissa: fuit enim promissa sub conditione, si promissor partem suam coheredi non venderet: quæ conditio tunc exstitit, cum ille alii vendidit. Sed nihilominus recte placet, si coheres pœnam petat, obstaturam petenti doli mali exceptionem; quoniam non vendidit quidem promissor partem suam coheredi, uti verbis convenerat; sed id fecit, quod tantundem valet: obtulit enim illi, ac per eum stetit, quominus emeret. † Quo loco hæc in universum definitio notanda est, pro soluto habendum esse id omne, in quo accipiendo creditor moram fecit: quæ traditur in *L. qui decem, infra de sol.* Congruit et illud, quod dicitur in *L. Celsus supr. de recep.* pœnam ex compromisso non committi, si per creditorem stetit, quominus reus daret, quod sententia jussus erat dare. Nisi quod sententia in eo pugnare videtur cum hoc loco, quod illic dicitur pœnam etiam non committi, quam hic committi dicimus. † Sed conditio rei, et stipulationis utrobique hanc interpretationem exigebat. Alia est enim conditio pœnæ ex compromisso debitæ: alia ejus, quæ promittitur ex alia quavis caussa. Pœna ex compromisso promittitur hac conditione, si quis non stet, seu non pareat arbitri senten-

(margin numbers: 2, 3)

tiæ. *d. L. Celsus, vers. pen L. diem proferre, supr. de recep.* Is porro videtur parere sententiæ, non tantum qui facit, quod jussus est, sed etiam qui se facere paratum esse ostendit. Hoc enim *parere* positum est in propensione voluntatis. Hic autem et aliis similibus in caussis promittitur pœna, si quid aliud promissor non fecerit, quod tunc solum videatur factum, cum re vera perfectum est, non cum promissor factum voluit: utputa si rem coheredi non vendiderit: verum est enim eum non vendidisse coheredi, qui alii vendidit. Proponitur hic convenisse inter coheredes, ut qui partem suam alienare vellet, eam venderet coheredi suo nominatim adjecto certo pretio centum viginti quinque.
4 † Quid, si simpliciter convenerit, ut eam
venderet coheredi nullo certo pretio tum constituto, et dum nimium pretium exigit a coherede, id coheredi non placet: an liceat ei impune alii vendere? receptum est non statim licere, sed videndum esse, an sit alius emptor, quod semper hic futurum est, ubi de eo agitur, qui partem suam alii vendit: quantum ille offert, tanti posse et coheredem emere, pluris non cogi. Idque defenditur exemplo eorum, qui jubentur constitutionibus rem suam, quam alienare velint, vendere alicui, quod in emphyteuta constitutum est *L. ult. C. de jur. empt.* Proponitur præterea hic promissor interpellasse coheredis libero-
5 rum tutores sæpius. † Quid, si semel inter-
pellatus coheres ut emeret, aut ii ad quos ea res pertinet, non emerint, et præterierit tantum tempus, intra quod possent pecuniam expedire: an non poterit promissor tuto partem alii vendere? Nihil caussæ est, cur non possit. Semper enim illud tenendum est, pro soluto esse id, in quo accipiendo creditor moram fecerit. *d. L. qui decem, infr. de sol.* Is autem moram facit, qui recusat accipere, ut primum recte interpellatus recusaverit. *d. L. qui decem, L. mora, supr. de usur.* Porro qui semel moram fecit, is perpetuo facere perseverat, nisi eam purget. *L. Titio Sejo, §. usuras, supr. de leg.* 2. ut consequens sit semel interpellato creditore, non esse deinceps pluribus interpellationibus opus, ut moram faciat: idemque et in debitore dicendum est. Non obstat hic locus, in quo plures interpellationes interpositæ proponuntur: sic enim proponuntur a consultore, quia ita res inciderant, facitque ad augendam frustrationem heredum coheredis. Cæterum ad necessitatem juris plures interpellationes non pertinent. Animadvertendum et illud in specie facti, quod dicitur promissor denunciasse tutoribus heredum, ut secundum conventio-
nem aut emerent, aut venderent. Atqui conventio solum hæc fuisse proponitur, ut promissor partem suam coheredi suo, vel ejus
successori venderet. † Quæro igitur, an qui 6
ex conventione debet partem suam vendere, idem offerente coherede partem suam, eam emere cogatur. Respondeo nihil proponi, cur cogi possit: aliud est enim longe suum vendere, aliud alienum emere. Itaque hic denunciatur secundum conventionem, ut tutores liberorum partem promissoris emant; illud extra conventionem, ut vendant liberorum partem. Quod si proponitur promissor id desiderasse, ut alterutrum fieret secundum conventionem, intelligendum est hoc quoque ita proponi, quia promissor in denunciando id dixerit se petere secundum conventionem: sed ita, ut ab illo per errorem factum sit,
non quia ita denunciare necesse habuerit. † 7
Item quæro, an hac denunciatione provocati tutores, si partem liberorum malint vendere, jure eam alienare possint: cum prædia minorum alienari sine decreto vetent constitutiones *L. 1. supr. de reb. eo. qui sub tut. vel cu. sunt.* Respondeo non posse, si de parte sua vendenda defunctus nihil cavit. Sin lex dicta est, ut uno volente partem suam alienare, et eam offerente coheredi suo, coheres aut eam emat, aut suam vendat, dubitari potest. Sed putem hic quoque necessarium esse decretum Magistratus, quia non sit necessaria partis alienatio: cum possint tutores alteram partem emendo liberari. Utrum igitur utilius sit pupillus fieri, Magistratus existimabit. *L. 5. §. non passim, et seq. supr. de*
reb. eo. † Notandum est autem, quæ hic ex- 8
ceptio doli datur ei, qui partem suam contra conventionem alii vendidit, hac conditione dari, si prius coheredem, seu coheredis heredes convenerit, et desideraverit, ut secundum conventionem emerent. Unde intelligimus, si sine hac denunciatione partem suam vendidisset promissor, pœnam ab eo utiliter peti posse, proinde et justam esse stipulationem: qua pœna hac conditione promissa sit, si promissor partem suam alii vendidis-
set, si partem suam alienasset. † Sed an ipsa 9
conventio, ne cui rem suam, seu partem rei suæ alienare liceat, per se sit utilis, quæsitum est. Et dubitari non debet, quin valeat hæc quoque, sive in traditione rei nostræ interposita sit, sive deducta sit in stipulationem. Nam præterquam quod nominatim confirmatur in *L. 3. C. de cond. indeb. L. qui fundum.* 75. *supr. de con. em.* constat pactionem esse de re privata et familiari; cujus generis conventiones omnes, si nihil aliud obstet, valere certum est. *L. jurisgen-*

tium, §. *si paciscar*, *supr. de pact.* Sed ex hoc loco non colligitur, quantumvis placeat pœnæ stipulationem ei conventioni subjectam valere: nihil enim prohibet, quominus inutiliter stipulemur quid fieri, veluti alium daturum, facturumve, vel alii dari, et tamen pœnam utiliter stipulemur, si id factum non fuerit. *L. stipulatio ista*, §. 1. *et* §. *alteri*, *supr. eod.* Proinde ut de vi et effectu hujus conventionis plura dicantur, deque iis locis, quæ in hac specie nonnihil dissidere inter se videntur, ad hunc locum non pertinet.

Ad §. *Agerius.*

Agerius filiusfamilias servo Publii Mævi stipulanti spopondit se daturum quidquid patrem suum Publio Mævio debere constitisset. Quæsitum est patre defuncto antequam constisset quid quantumque deberet: an si adversus heredem ejus actum fuisset, aliumve successorem, et de debito constitisset, Agerius teneatur. Respondit, si conditio non extitisset, stipulationem non commissam.

SUMMARIA.

1. *Species hujus* §.
2. *Sententia veterum Interpretum contra recentiores defensa.* et n. 4,
3. *Rationes, quæ pro vulgari opinione tuenda adduci solent, refelluntur.*
5. *Scævola defenditur.*

1 Proponitur Agerius filiusfamil. promisisse se daturum, quidquid patrem suum debere constitisset. Quod sic accipiendum est, quidquid constitisset postea, ut intelligatur promisisse his verbis, quidquid patrem meum debere constiterit, vel constabit. Id etsi non satis exprimitur hoc loco: tamen ex responso Scævolæ satis intelligitur speciem ita positam fuisse. Sic enim de ea respondet, quasi in ea fuerit conditio, et ejusmodi conditio, quæ potuerit postea existere. Si *conditio*, inquit, *non extitisset, stipulatio non est commissa.* Neutrum horum esset, si promisisset Agerius, quod patrem jam ante debere constitit: conditio enim in præteritum concepta ut rem non differt, si nec re vera conditio est. *L. conditiones*, *L. si ita stipulatus.* 120. *supr. eod.* Stipulator idemque creditor patris cum patre non egit, aut certe ita egit, ut vivo eo de debito non constaret. Moriatur pater aliis heredibus relictis, quam Agerio filio; sive quod Agerius exheredatus esset, sive quod institutus repudiasset hereditatem. Cum his heredibus patris egit stipulator, et probavit, quantum sibi pater debuisset. Sed sive quod comperisset postea eos heredes solvendo non esse, sive quod essent homines litigiosi, sive quod quavis de caussa constituisset cum Agerio experiri; cœpit cum illo agere ex suprascripta stipulatione, ut solveret, quod pater debuisset. Negat Agerius se ea stipulatione teneri: quæritur, an teneatur. Respondet Scævola, si conditio non extitisset stipulationem non esse commissam. *Si* pro *quia*; ut breviter intelligatur hoc dicere; in his verbis, quod patrem debere postea constiterit, inesse conditionem. Hanc non extitisse, ideo stipulationem non esse commissam. † Fuit hæc, ut videtur, sententia Rogerii, quæ refertur in *glossa* Accursii, probata a Bartolo et aliis veteribus interpretibus, sed magno consensu repudiata a magnis interpretibus, Andrea Alciato *lib.* 1. *Dispunc.* *C.* 13. Connano *lib.* 6. *Comment. Jur.* Duareno hoc loco, et in *Comment.* Scævola. Ego autem puto eam sententiam cum per se verissimam esse, tum verbis hujus loci convenientissimam, nec minus dignam judicio et prudentia Scævolæ. Principio in his verbis, quidquid patrem debere constiterit, seu constabit, dubitandum non est, quin insit conditio hæc, si patrem debere constiterit postea: est enim in his demonstratio in futurum collata: cujus generis demonstratio omnis conditionem habet. *L.* 6. *supr. de L.* 1. Jam vero non difficile est docere superiorem conditionem hic non extitisse: nunquam enim conditio pro impleta habetur, nisi plane ad eum modum impleta sit, 2

quem verba conditionis præscribunt. *L. qui heredi, supr. de cond. et dem.* Id quod in proposita conditione mortuo patre contingere non potest. Stipulator namque mortuo patre probans de debito efficere potest, ut constet patrem, dum viveret debuisse: illud nunquam perficiet, ut constet patrem debere; quod verba conditionis exigebant: mortuus enim ut non est in rerum natura, ita nec quidquam agere, aut pati dici potest. Sed hic occurrunt eruditi homines: ajunt enim subtilitatem hanc verborum esse indignum viris bonis et Jurisconsultis: cum in re idem sit debitum, et quod vivus probatur debere, et quod mortuus probatur debuisse. Ego interpretationem verborum esse contendo convenientem omnium juris auctorum scriptis et præceptis, quæ sunt de implendis conditionibus: qua eadem neglecta magna injuria afficiatur Agerius, ut in re ipsa permagni referant hanc potius admitti. Constat enim ex *d. L. qui heredi. supr. de cond. et dem.* si quis conditione sibi adscripta aliter facit, quam verba conditionis exprimunt, etiam si id eundem effectum habeat; tamen conditionem pro impleta non haberi. Quanto minus habebitur pro impleta, si id quod fit, eandem vim et eundem effectum non habet? Quod in hac specie accidit. Multum enim in re ipsa interest, utrum vivo patre agatur, et constet de debito; an vero id fiat mortuo patre. Si quidem pater habere potuit exceptionem aliquam aut pacti, aut rei judicatæ, aut similem, qua consequeretur vivus, ut constaret eum multo minus debere: hæ possunt ignorari ab herede: atque his prætermissis fit, ut constet id deberi, quod re vera non debebatur. Id non fieri cum adeo intersit Agerii: magnam injuriam illi facimus, si debito post mortem patris probato perinde id accipimus ad conditionem implendam, quasi vivo patre de eo constitisset. Verumtamen reprehenditur ab illis hæc sententia aliquot argumentis, quæ nos
3 ordine diluemus. † Prima hæc ratio est Alciati: Conditio impleta, inquit, retro trahitur, idest, perinde habetur, ac si impleta esset eo tempore, quo stipulatio interposita est. *L. potior. supr. qui pot. in pig.* ergo etsi conditio mortuo parte extiterit, perinde erit, ac si patre vivo extitisset. Hoc enim vivente interposita fuerat stipulatio. Recte Alciatus, si quidem conditio in proposito mortuo patre extitisset. At hoc ipsum quæritur, an extiterit. Hue ille pro confesso sumit, quod ei præcipua probandum erat. Nos quidem negamus: et falsum esse supra ostendi. Altera ejusdem Alciati ratio est, quod si quid probatur heredem ut heredem facere, id quoque probatur defunctum fecisse et facere: quod non ita est. Illud enim recte dici concedo, si quid probetur heres debere, simul etiam probari defunctum idem fecisse, idest, idem debuisse, utpote a quo obligatio in heredem descenderit. At illud, quod adjicit, etiam videri defunctum idem facere, de quo nunc quæritur, perspicue falsum est: neque enim natura patitur, ut qui non est, intelligatur quidquam facere aut debere. Imo, inquit ille, etiam defunctus facere et debere idem intelligitur, quia heres jure eadem persona esse existimatur cum defuncto. *novel. de jur. a mor. præst.* Sed hoc dictum hanc significationem habet, ut si quid factum sit, aut profectum a defuncto, id quoque videatur factum ab herede, quia heres in jus et locum defuncti successerit. *L. quædam, supr. de eden.* At non idem valet ex contrario, ut dicamus, quod fit ab herede, id transire ad defunctum atque hac ratione a defuncto fieri. Ut enim non fert natura, ut videatur, qui non est, quidquam facere aut pati: ita eadem natura simul et jus repugnant, quominus quidquam ab herede redeat ad defunctum; cum defunctus heredi non succedat, sed heres defuncto. Tertium argumentum est Connani. Ille ait nihil interesse, utrum Agerius promittat, quod pater debet an vero quod patrem debere constiterit; propterea quod etiam si promittat solum, quod pater debet; tamen non possit conveniri, nisi cum patrem debere constiterit. Sed et hoc manifeste falsum est, nihil differre inter se has stipulationes; cum prior aperte pura sit, certe conditionem habeat in præsens conceptam, quæ stipulationem non suspendit: *L. conditiones. supr.* Posterior autem conditionem habeat conceptam in futurum, quæ its rem differt, ut nisi extiterit, nihil debeatur. *§. sub conditione. Inst. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Nec ad rem pertinet, quod cum eo, qui promisit, quod pater debet, non potest agi efficaciter prius, quam constiterit patrem debere. Non enim eo minus statim obligatur, etiam si ignoretur, quantum pater debeat. Nam et is, qui promisit sub hac conditione, si Res Parthorum vicit, conveniri utiliter non potest prius quam constiterit Regem Parthorum vicisse. Neque eo minus pure obligatio contracta est si jam ante Res Parthorum vicerat. *§. conditiones, Inst. eod.* Postrema ratio exoritur Duareno in *Commentario*, Scævola. Illa enim ita statuit, implementum conditionis transire ad heredes. Ex quo effici vult in proposito Judicem in re dubia contra possessorem pronunciare debere, si mortuo patre de debito

patris constiterit: significans hoc modo conditionem extitisse, ac proinde commissam esse stipulationem. Ergo ille hoc intelligit, quod a defuncto aut cum defuncto factum prodesset ad implendam conditionem, idem si ab herede aut cum herede fiat, ad eandem rem prodesse. Id nos negavimus jam ante, et nunc constanter negamus, refellimusque aperte multis et certis locis, ut *L. si decem cum putiero, supr. eod. L. si ita expressum, supr. de cond. et dem. L. fideiussor, §. ult. infr. de fid.* Ex quibus liquet omnem conditionem in factum alicujus certæ personæ collatam, id esse, quod dicitur apertius in *L. qui heredi, supr. de cond. et dem.* farti nimirum, et personæ cohærere, ut si ea persona decedat nondum impleta conditione, non possit amplius conditio impleri ne in heredibus quidem. Quod si in ulla conditione dici potest, in es maxime lucum habet, quæ hoc loco proponitur: quod enim patrem debere constabit, sic in viventis personam confertur, ut in mortuum non possit cadere. Utitur tamen ille ad confirmationem superioris sententiæ argumento *§. ex conditionali. Inst. eod.* nec temere, si verborum generalitatem sequimur. Sic enim verba sunt: *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio exstet, mors, nobis contigerit.* His verbis, *spes est debitum iri*, certum est significari spem esse fore, ut conditio existat quoniam hac non existente nihil potest deberi. Quod si hanc spem ad heredes transmittimus, et verba generalia sunt ad omnem conditionem pertinentia: dicendum est etiam ex stipulatione, quæ sub conditione potestativa contracta sit, spem hujus conditionis implendæ transmitti ad heredes. Neque vero aliter potest transmitti, quam si heredes eam implere possint: nam aliis implere non licet. Sic fit, ut conditio quamvis potestativa, quæ a defuncto impleri poterat, etiam ab herede ex sententia superiorum verborum possit impleri. Et hæc secundum verba recte defenduntur. Sed verum est, quod vulgo dicitur, superius dictum accipiendum esse de iis conditionibus, quæ ex eventu pendent, non de iis, quæ in potestatem nostram collatæ sunt; idque ratione certa et natura rei efficitur. Omnes enim concedent spem hanc debitum iri, tandiu esse, quandiu et conditio potest exsistere: postquam enim semel defecerit, nemo dicet adhuc spem esse debitum iri id, quod certum sit deficiente conditione amplius deberi non posse. Quod si deficiente conditione nulla amplius spes est nec debiti nec conditionis implendæ: consequens est nec eam spem quæ non est, ad heredem posse transmitti. Atqui conditio personæ alicujus injuncta nun egreditur personam, et mortuo eo deficit. *L. si ita expressum, supr. de cond. et dem.* et supra probavi pluribus. Proinde ad hujusmodi conditiones id dictum non pertinet, quæ ut morte deficiunt, ita spem auferunt amplius quidquam deberi posse: qua sublata non potest fieri, ut ea transmittatur. Nihil ad rem facit. *L. veteris, C. de cont. et com. stip.* qua cautum est omnes stipulationes etiam faciendi ad heredes transire, ut quod a debiture fieri debuit, possit etiam impleri ab ejus heredibus quo etiam argumento ille utitur. Multum enim distat inter se stipulatio ipsa, et conditio stipulationis. Stipulatio ad heredes transit: quia ex stipulatione obligationis jus nascitur; quud ex conditione heredum et ad eos et in eos transire oportet; cum in jus et locum defuncti succedant. *L. quædam, supr. de eden. L. qui in jus, infr. de reg. jur.* nisi sit aliquid quod natura sua cum vita defuncti exstinguatur. Conditio autem nullum jus continet, quod vel acquiratur stipulatoris, vel promissorem obliget: tantum facti est, ut dixi. Unde evenire necesse est, ut si alicui personæ sit injuncta, hic nihil inde ad heredem aut in heredem jure hereditario transeat, sed una cum persona, cui erat iniuncta, deficit. *d. L. qui heredi d. L. si ita expressum, de cond. et demonstr.* † Summa hæc sit; si conditio hæc 4
si *patrem debere constiterit*, quæ hic proponitur, neque secundum verba mortuo patre existere potest, et in re ac sententia contrahentium multum refert, quo tempore constet de debitu patris, eone vivo, an mortuo: nihil afferri potest, cur non verissime et æquissime dicatur conditionem nullo modo hic exstitisse, ubi patre mortuo de debito constitit. Cum hæc sententia per se vera est; tum vero verbis Scævolæ optima convenit. Nun enim eo moveri debemus, quod Scævola conditionaliter respondet, quasi nihil hic affirmet ejus, quod diximus: usitatu enim loquendi more conditionem posuit pro causa, *si* pro *quaniam*, ut responsum ejus sic accipi debeat, quasi ita respondidisset: si conditio non exstitisset, id quod existimo, et intelligi potest ex his, quæ proponuntur; respondi stipulationem non esse commissam.
† In quo genere responsi mirum est a Superioribus illis, quos ante commemoravi, non tantum reprehendi, sed etiam exagitari Scævolam, quasi qui aut non respondeat ad interrogatum, aut nihil aperte, sed incertiurem dimittat consultorem, quam acceperat, cum certum sit, quod hic ille facit, id exemplo et 5

mure omnium non tantum juris, sed etiam aliorum probatorum auctorum fieri. Modestinus in *L. fidejussor*, §. *ult. supr. de pig. respondit*, inquit. *si neque pignerata sunt ipsa mancipia, neque ex pigneratis ancillis, nata, minime creditoribus obligata. esse*, nempe sub conditione, cum tamen perspicuum sit ex præcedentibus Modestinum intelligere id esse in specie proposita, quod ponebat in conditione. Virgil. *Lib.* 1. *Geor.*

. . . . *Vestro si munera tellus.*

Chaoniam pingui glandem mutavit Arista.

Cic. in Topicis: *si fines in urbe non reguntur, nec aqua in urbe arcsatur*, et rursum: *si stultitium fugimus, sapientiam sequamur*. Idem *lib.* 3. de offic. *quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est*. In quibus locis omnibus constat non dubitanter loqui auctores sed affirmanter, dum in propositione intelligi volunt assumptionem, quam prætermittunt.

Ad §. *Seja heres.*

Seja heres unius tutoris cum herede pupillæ transactione pacto solo facta majorem partem solvit, residuam cavit: sed illico negavit heres se transationem servare: et apud judicem tutelæ egit et victus provocavit ad competentem judicem: et ab eo quoque ad principem idem provocavit: et injusta hæc quoque provocatio ejus pronunciata est. Quæsitum est, cum per heredem pupillæ mora intercesserit quo minus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solvetur, nec unquam petierit: an ei hodie debeantur usuræ ab herede tutoris. Respondit, si Seja non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, jure usuras non deberi.

SUMMARIA.

1. *Species hujus* §.
2. *Responsum Scævolæ. et quænam eo responso statui intelligantur.*
3. *Usuræ in specie proposita unde, et quo casu deberi possint.*
3. *Oblatio pecuniæ ad inhibendum cursum usurarum quibus in causis sola, sine aliæ pecuniæ obsignatione, prosit.*

1 Tutor, qui pupillæ tenebatur ex administratione tutelæ, decessit, Seja herede relicta; quæ et in eandem obligationem successit. Decessit et pupilla suo item herede relicto; qui et ipse successit in eandem actionem. Is heres cum agere instituisset tutelæ cum Seja tran. i, erunt ambo inter se eo nomine hoc pacto, ut Seja ex ea causa certam pecuniæ summam daret, vicissim heres pupillæ nihil unquam tutelæ nomine ab ea peteret; quod et se facturum esse pactus est, sed pactus tantum, non etiam Aquilianam stipulationem et acceptilationem ad Sejam ipso jure liberandam interposuit. Ejus autem pecuniæ, de qua danda convenisse dixi, majorem partem solvit Seja in præsentia, reliquam partem cavit id est, stipulanti heredi pupillæ se soluturam promisit; *L. sancimus, C. de verb. sig.* et adjecit usuras, si eam pecuniam non solvisset; fortasse pecuniam cavens ita, ut ex actione tutelæ debebatur: sic tamen, ut et pecuniam et ejus pecuniæ usuras ex stipulatione deberé inciperet, non ex vetere actione. Quod ita factum esse ex quæstione et responso Scævolæ apparet. Sed heres pupillæ, quem supra pacto tantum transegisse diximus, quoniam huic adhuc vetus actio tutelæ manebat integra (pacto enim Jure Civili actio non tollitur. *L. si unus*, §. *pactus, sup. de pac.* (hoc jure usus illico negat se transactionem servare, et tutelæ agit cum Seja; quæ se tuetur exceptione pacti, seu transactionis, uti ei facere jus est. *L. sive apud, C. de trans.* atque ea exceptione consecuta est, ut primo judicio absolveretur. Cum appellasset pupillæ heres semel atque iterum, omnibus judiciis injusta apppellatione pronunciata Seja absoluta est. Itaque tandem cogitur pupillæ heres contentus esse ea pecunia,

quam illi Seja ex transactionis caussa caverat: hanc ergo ille petit: sed hoc amplius etiam usuras totius præteriti temporis ex die interpositæ solutionis. De sorte non dubitator, quin hanc ex stipulatione Seja debeat: itaque hanc illa ultro offert. De usuris quæritur, an debeantur, cum Sejam non steterit, quominus pecuniam cautam solveret, sed per adversarium, qui non modo eam pecuniam nunquam
2 petiit, sed etiam ablatam accipere noluit. † Respondet Scævola, si modo Seja non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, ut proponitur; jure usuras non deberi. Hoc sentit, non esse satis, ut hic usuræ non debeantur, si per Sejam non steterit, quominus pecuniam promissam solveret, quod etiam tunc fit, cum Seja pecuniam non obtulit, si modo heres pupillæ eam pecuniam non petierit: *L. si ex legati, sup. eod. L. mora, sup. de usur.* sed opus esse, ut Seja ipse ultro pecuniam obtulerit, ut dici possit per heredem pupillæ moram intercessisse, quominus acciperet: sic enim et creditor in acipiendo moram facit, cum pecuniam opportuno loco et tempore oblatam recusat accipere. *L. qui decem, infr. de sol.* Ait Scævola, *si Seja non cessasset offerre.* Quemadmodum ea dicitur cessare offerre, quæ non offert, cum debet: ita non cessare offerre es intelligenda est, quæ re ipsa offert, cum est opus. Ergo quæ ita obtulit, etiam si semel id fecerit, verum est eam non cessasse offerre: ac proinde ex sententia Scævolæ usuras non debebit. Et certe si semel oblatam pecuniam sine justa causa accipere recusando, creditor moram facit: *d. L. qui decem, infr. de sol.* quodque mora ab illo facta est, vult Scævolæ satis esso ne in proposito usuræ debeantur: consequens est in hac re sufficere vel unam oblationem; quoniam qui semel in mora esse cœpit, is moram perpetuo facere existimantur, nisi eum suo facto purgaverit. *L. Titia Sejo* §. 1. *supra de leg.* 2. Hoc responso Scevola tria statuere intelligitur. Primum usuras in specie proposita aliquo casu deberi potuisse. Alterum, hoc casu deberi, si Seja sortem ultro non obtulisset, quamvis in ea solvenda non fecisset moram, ut quia interpellata de sorte non esset. Tertium, ut pecunia non oblata deberentur usuræ: ita ea oblata non deberi, etiam si ad oblationem nibil accesserit; quorum de unoquoque potest dubitari.
3 † Ac primum quæritur, unde eæ usuræ, quæ hic deberi possunt. Non enim possunt omnino deberi usuræ, nisi aut ex stipulatione aliave conventione, aut sine conventione ex mora, quod contingit in bonæ fidei judiciis, et similibus *L.* 3. *C. de usur. L. mora,* §. *in bonæ, sup. de usur.* Pecunia, eujus de usuris nunc quæritur, non petitur hic judicio tutelæ, quod bonæ fidei est: sed ea est, quam Scævola proponit in stipulationem deductam esse. *Quæsitum est,* inquit, *cum per heredem pupillæ mora intercesserit quominus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur, an ei hodie debeantur usuræ.* Stipulatio bonæ fidei judicium non est: nec pecuniæ stipulatione promissæ deberi usuræ possunt citra aliam stipulationem. *d. L.* 3. *C. de usur.* Rursum de usuris ejus pecuniæ præstandis cautum esse nihil hic proponitur. Sed quod in narratione facti omissum est, satis ex verbis quæstionis intelligitur. Cum enim quæstio posita sit nominatim de usuris pecuniæ promissæ quæraturque, an hæ post oblationem Sejæ debeantur, satis intelligitur de his ita quæri, ut de illis quæ citra obligationem Sejæ in obligationem venissent. Et quoniam in pecunia, quæ ex stipulatu petatur, non possunt deberi nisi ex stipulatione; ideo hoc quoque datur intelligi ita eas usuras venisse in obligationem: scilicet ut intelligatur quæri de usuris eo modo debitis, quo in hac causa deberi possunt. Quod ideo hic omissum fuit, quia de eo constabat inter litigatores et brevitati Scævola consulebat. Quod secundo loco sequitur, usuras in proposito debitur am fuisse Sejam, nisi sortem ultro obtulisset, quamquam alio qui non fecisset moram: recte dicitur a Scævola, postquam hic usuræ debentur ex stipulatione, ut deberi supra ostendimus. Quæ enim ita debentur, usuræ hæ non debentur ex mora, sed ita, ut est conditio stipulationis: est autem hæc conditio, si sors soluta non erit, non etiam si debitor in ea solvenda moram fecerit. Atque hæc ipsa pars de pecunia offerenda ad usuras inhibendas, rursum certo argumento est, hic sortem et usuras non peti judicio tutelæ, sed ex stipulatione. Nam si ageretur tutelæ, deberenturque tantum usuræ ex mora, omnino hic non deberentur, quamvis Seja pecuniam non obtulisset; si modo per eam mora non fuisset quominus petenti heredi sortem solveret: quod futurum fuit etiam si sortem non offerret, dummodo creditor eam non peteret. † 4
Tertium majorem dubitationem habet eum ex contrario ait Scævola usuras non deberi, si Seja pecuniam obtulisset. Oblationem quidem pecuniæ ille exigit, sed oblationem solam sine alia pecuniæ obsignatione: cum tamen tot locis traditum sit non interpellari cursum usurarum, si pecuniam tantum offerat debitor, sed ita, si etiam oblatam obsignet *L. si creditrici, L. acceptam. C. de usur.* neque id de usuris ex stipulatione debitis

tantum placuit, sed etiam de iis quæ in bonæ fidei judiciis ex mora deberi cœperunt. *L. 1. in fi. L. evictis in fin. sup. de usur. L. tutor pro pupillo, §. ult. supr. de ad tut.* Ad hæc concilianda hoc dicere, superioribus locis consilium tantum dari, ut pecunia obsignetur ad inhibendas usuras, non etiam exigi, nullo modo licet: nimis enim aperte verba refragantur. *d. L. acceptam, C. de usur. dict. L. tutor pro pupillo §. ult. de ad tut.* Multo minus convenit dicere obsignationem, quæ superioribus locis exigitur, locum habere in iis usuris, quæ ex stipulatione debentur: aliam autem esse causam earum usurarum, quæ debeantur ex mora, ut quæ mora non facta deberi non possint. Jam enim ostendi agi hic etiam de iis usuris, quæ debeantur ex stipulatione, non ex mora tutelæ causa; alioqui ut illæ non debeantur, non debuit exigere Scævola, ut Seja pecuniam offerret: cum et sine oblatione fieri potuerit, ut illa non esset in mora, atque ita consequeretur, ne usuræ deberentur. Res sic habet: quod dicitur usurarum, sive quæ ex stipulatione, sive quæ in bonæ fidei judiciis ex mora deberi cœperint, non inhiberi cursum sola oblatione pecuniæ, sed ita, si etiam pecunia obsignetur a debitore: hactenus verum est, si non per creditorem factum sit, quominus debitor pecuniam oblatam posset obsignare: nihil enim potest imputari ei, qui solvere etiam si vellet, non potuit. *L. cum quidam, §. si pupillo, sup. de usur.* et factum cuique suum, non adversario nocere debet. *L. factum, infr. de regul. jur.* Id autem accidit tribus in causis. Una est, si fuit incertum debituri, quantam pecuniam deberet veluti ex tutelæ administratione, et cum tutor sæpe minorem int rpellasset, ut tutelæ judicio ageret, quo posset constare, quantum deberetur minor consulta rem distulit. Ideo constitutum est in hac specie, postquam tutor id fecit, exinde eum sortis ex caussa tutelæ debitæ usuras non præstaturum *L. ult. C. de usur. pup.* Altera causa est, si creditor nusquam exstet, aut non sit is, cui tuto solvi possit: veluti sit pupillus, et tutorem non habeat. Itaque placuit hic quoque debitorem quamvis pupilli immunem esse a præstatione usurarum, *d. L. cum quidam, §. si pupillo, sup. de usur.* Tertia causa est ea, quæ hic proponitur: ubi Seja debitrix etiam ex stipulatione certam pecuniam debuit, sed creditor eam stipulationem repudians vetere actione tutelæ experitur, qua agendo dubium facit, an eo judicio vincat, necne et simul inutilem, aut certa ancipitem reddit obsignationem debitrici. Nam si heres pupilli idemque creditor judicio tutelæ vinceret, ut fieri potest, vel imperitia, vel sordibus Judicis: frustra Seja obsignaret pecuniam ex stipulatione, quam ex ea causa non deberet. Quod cum contingat facto creditoris, satis est a Seja id exigere, quod illa præstare potuit; nempe oblationem pecuniæ: quam ille si recusat, non habet Seja, quo progrediatur longius.

Ad §. *Duo fratres.*

Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, et caverunt sibi, nihil se contra eam divisionem facturos: et si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit, post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus ejus hereditatem, quasi ex caussa fidei commissi sibi a patre relicti debitam: et adversus eum pronuntiatum est quasi de hoc quoque transactum fuisset. Quæsitum est, an pœna commissa esset. Respondit, pœnam secundum ea quæ proponuntur, commissam.

SUMMARIA.

1. *Species hujus §.*
2. *Dubitandi ratio.*
3. *Facere contra divisionem hereditatis quid.*
4. *Deciso, ejusque ratio.*
5. *Pactus a se non peti, et si petitum esset pœnam stipulatus, agentem contra conventionem aut pacti exceptione repellit, aut pœnam stipulatione comprehensam exigere potest.*

1 Duo fratres a patre heredes instituti sunt, et invicem rogati, ut qui prior decederet, portionem hereditatis fratri suo restitueret. Mortuo patre eum de divisione rerum here-

ditariarum inter eos primo esset controversia, ut judicium familiæ erciscundæ cogitare viderentur; tandem res inter eos transacta est. Qua transactione communem hereditatem certo modo inter se diviserunt eo pacto, ut quod ex partibus constitutis cuique obtigisset, id ejus esset proprium. Caveruntque se contra eam divisionem nihil facturo: et si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit. Unus ex his deinde sine lib ris moritur, ahis heredibus relictis, quam fratre. Quod ideo fingimus, ut procedat, quod ponit Scævola, eum qui supervixit petere hereditatem a demortui fratris heredibus quasi ex fideicommissi causa sibi a patre relicti debitam. Nam si decessisset frater exstantibus liberis, non esset locus fideicommisso, etiam si sine conditione relictum esset. *L. cum acutissimi, C. de fideic.* sed nec frater superstes haberet, quod peteret ab heredibus fratris, si alii, quam ipse, non essent fratris heredes. Ergo cum locus esset fideicommisso, et alii essent heredes fratris demortui; qui supervixit, ab his hereditatem petit jure fideicommissi superioris: heredes tuentur se exceptione transactionis supra scriptæ, quod dicant ea transactione etiam fideicommissum remissum: idque ita factum esse judicatum est. Qua sententia eadem opera judicatum est fratrem, qui fideicommissum petiit, contra divisionem fecisse videri. Hoc constituto heredes fratris demortui a fratre, qui fideicommissum petierat, pœnam petunt: ille negat se debere, quia re vera contra divisionem nihil fecerit: quod dicit se paratum esse de integro docere. Quæritur, an pœna sit commissa, id est, an ex stipulatione debeatur, et an peti possit. † Et non abs re est, cur
2 videatur non esse commissa: debebatur enim hac conditione, si frater contra divisionem fecisset: nihil fecit contra divisionem, fidei commissum a patre sibi relictum petendo: pœna igitur ab eo propter id factum non debebitur. Non fecisse illum contra divisionem, cum fideicommissum petiit, ita intelligetur, si cognoverimus, quid sit facere contra divisionem hereditatis. † Facere contra
3 divisionem est facere contra id quod divisione actum est. Divisione autem nihil aliud agitur, nisi ut a communione rerum hereditariarum discedatur. *L. 1. sup. fa. er.* In quo non continetur, ut heres portionem hereditatis, quæ obtigit, non restituat, nihil enim hæc commune habent. Quinimo ob id restituere debet, quia prius obtigit. Ideo nec remittitur fideicommissum ea divisione. Transactio enim omnis quamvis generalis, multoque magis si erit de certis rebus interposita, nunquam ad eas res, de quibus actum non est, pertinet. *L. qui cum tutoribus. §. 1. §. ult. sup. de trans. L. si de certa, C. eod.* Nec ad rem pertinet, quod divisione id agitur, ut quod cuique obtigit ex rebus hereditariis, id ejusque proprium maneat; fideicommissi autem superioris persecutio id quod cujusque proprium factum erat, avocat. Sic enim divisio facit, ut quod uni obtigit, sit ejus proprium; ut tamen velint heredes esse pro rium cujusque ex causa hereditaria. Proinde si ex fideicommissi causa avocetur, nihil fit contra divisionem. Postremo divisione hereditatis inter heredes facta, fideicommissum hereditariæ portionis, quod ab uno relictum erat, non esse remissum clare significatur in *L. cum pater, §. hereditatem post. supr. de legat.* 2. Quare ne tum quidem remissum intelligetur, cum nominatim convenerit, ut divisioni stetur: proinde nec fit contra divisionem seu transactionem, si id fideicommissum petitur, quod divisione remissum non erat. Quod et verum est. Ex quo intelligetur, quod hic judicatum est, fratrem fideicommissum petendo videri contra divisionem fecisse quasi divisione fideicommissum remisisset, male judicatum esse; quod et maximæ parti interpretum recte videtur. † Nihilominus Scævola absolute 4
respondet pœnam hic secundum ea quæ proponuntur, esse commissam: innuens videlicet commissam esse, sive bene judicatum fuerit, sive male. Recte utrumque. Nam etsi male judicatum est, quia frater instituta fideicommissi persecutione nihil contra divisionem fecerit re vera: tamen perinde hab tur, quasi fecisset, cum eum fecisse pronunciatum est. Res enim judicata inter eos, inter quos res acta est, pro veritate habetur; postquam ita jus est, ut exceptio seu replicatio rei judicatæ omnibus noceat, qui contra sententiam aut petunt quid, aut exceptione aliqua utuntur, et breviter quoties eadem quæstio revocatur inter easdem personas. *L. 3. supr. de exc. rei jud.* Dicet igitur frater non jure pœnam a se peti, quia nihil fecerit contra divisionem. Sed adversus eam exceptionem erit replicatio rei judicatæ, ut dicant heredes defuncti pœnam petentes, non licere fratri illa exceptione uti, quia judicatum sit eum contra divisionem fecisse, ac rei judicatæ stare oporteat. Quæ si ita sunt, exprimitur hoc loco hæc sententia a Scævola, cum quæritur, an pœna commissa sit æque commissam videri, sive contra quam cautum est, factum sit re vera, sive factum esse judicatum sit inter eos, inter quos de pœna agitur; quamvis judicatum sit injuria. Pœ-

nam commissam esse respondet Scævola, quod significat etiam peti posse; quod et ipsum verum est. Sed non hanc vim habet, ut et semper possit exigi; interdum enim petitio exceptione doli removetur; de quo cum nihil expressum sit hoc loco, ex aliis locis sumendum est, quod hic sequamur. † De eo autem ita jus est; quoties quis pactus est a se non peti, et si petitum esset, stipulatus est pœnam; posse eum, si ab eo contra conventionem petatur, duplici via uti, utra velit, vel ut agentem repellat exceptione pacti, vel ut cedendo pœnam petat stipulatione comprehensam. Utrumque autem simul consequi non posse, ut agentem adversario et retineat exceptione, quod petitur, et nihilominus pœnam exigat. Itaque ei, qui exceptione usus sit, pœnam amplius petenti doli mali exceptione occurri. Si exceptione non utator, tum pœnam utiliter ab eo peti posse. *L. rescriptum*, §. *si pacto*. *supr. de pact. L.* 4. §. *Labeo, supr. de dol. mal. exc.* Et hoc nisi convenerit, ut adversario contra conventionem petente, liceret pœnam rato manente pacto petere; quæ conventio aperte et exceptionem et simul pœnæ persecutionem citra metum exceptionis tribuit. *L. pen. supr. de trans.*

Ad L. *Si flagitii.* 123.

Papinianus *lib.* 1. Definitionum.

Si flagitii faciendi vel facti caussa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio, qua flagitii facti caussa quid promittitur, ab initio non valet.*
2. *Pactio, quo pecunia delicti admissi caussa debita remittitur, an valeat.*
3. *Delicti caussa quid promitti, aut pactione remitti quando intelligatur.*

Species est turpis stipulationis; de qua, ut et de genere toto earum stipulationum, dixi ut in loco ad *L. generaliter*, 26. *supr.*
1 *eod.* Notandum est, quod hic dicitur si quid promittatur flagitii etiam facti caussa, stipulationem ab initio non valere: quod et verum est: Sic enim delicto statuitur præmium; quo magis reus ad delinquendum invitatur. Cujus generis pactiones omnes ut turpes improbantur. *L. illud, supr. de pact.*
2 *dot.* † Quid, si pecunia delicti admissi caussa debita remittatur pactione, an ne sic quidem pactio valebit? Sed valere constat. *L. si unus*, §. *pacta, supr. de pact.* An quod aliud est promittere quid delicti caussa, aliud remittere? Nequaquam: dat enim, et qui remittit. *L.* 4. *supr. de cond. caus. dat. L. Julianus ait, supr. de cond. et dem.* Sed aliud est remittere, quod debeatur ob dolum seu flagitium; aliud quod ita debeatur, remittere hujus ipsius doli aut flagitii caussa. Nec qui delicti remittit pœnam, continuo remittit delicti caussa. Potest enim vel ob id remittere, quia tantumdem aliunde a reo acceperit, aut accepturus sit postea, vel quia remittentem rei inopis miserat, vel quia hunc humanitate et officio ad mutuum officium velit provocare. † Tunc solum delicti caussa 3
quid promitti aut pactione remitti intelligitur, cum nominatim promittitur, remittiturve ob id, quod illud aut illud admissum est. Sive autem promittatur quid hoc modo, sive remittatur, pariter conventio et stipulatio est inutilis.

Ad L. *Insulam.* 124.

Exposui ad L. si ita stipulatus 14. *supr. eod.*

Ad L. *Cum stipulamur.* 125.

Idem quod pluribus in L. si stipulatus 76. §. 1. *supr. eod.*

Ad L. *Si ita stipulatus.* 126.

Hoc idem pluribus in *L. hujusmodi stipulatio,* 64. *supr. eod.*

Ad §. *Titius a Mævio.*

Titius a Mævio *fundum detracto usufructo stipulatus est, et ab eodem ejusdem fundi usumfructum.* Duæ sunt stipulationes: et minus est in eo usufructu quem pro se quis promisit, quam in eo qui proprietatem comitatur. Denique si ille usumfructum dederit, eumque stipulator non utendo amiserit: tradendo postea fundum petracto usufructu, liberabitur. Non idem contingit ei qui *fundum pleno jure promisit,* et usumfructum dedit, deinde amisso eo proprietatem sine usufructu tradidit. Ille liberatus est dando usufructum, hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno jure fundum effecerit stipulatoris.

SUMMARIA.

1. *Stipulans fundum simpliciter, ei proprietatem, et usumfructum fundi stipulatione complectitur.*
2. *Stipulatus fundum simpliciter, quomodo distet ab eo, qui stipulatur proprietatem nudam separatim, et separatim usumfructum diversis stipulationibus.*

1 QUI fundum stipulatur simpliciter, aut apertius fundum pleno jure, una stipulatione complectitur proprietatem fundi, et ejus fundi usumfructum, est enim ususfructus pars dominii: unde et cum proprietate conjunctus intelligitur: de quo disserui ad *L. eum, qui ita,* 56. §. *qui proprietatem. supr. eod.* † Sed tamen qui ita stipulatur, multum distat ab eo, qui stipulatur, easdem res diversis stipulationibus: id est, una stipulatione fundi proprietatem nudam. seu quod idem est, fundum detracto usufructu, altera usumfructum ejusdem fundi. Nam qui stipulatur fundum, stipulatur is quidem usumfructum, sed eum, quem dixi conjunctum cum proprietate, et quem Paulus hic dicit proprietatem comitari. Qui autem separatim stipulatur usumfructum, is stipulatur usumfructum a proprietate separatum: inter quos multum interest. Prior enim ut dominii seu proprietatis pars est, ita est, sicut proprietas quam sequitur, perpetuus. Posterior ejusmodi, qui certis modis finitur, et hoc modo ad proprietatem redit. §. *finitur. Instit. de usuf.* Hinc quæsit ex utraque stipulatione obligatio de usufructu facile intelligitur. Proinde qui usumfructum separatim promisit, si hunc dederit, quamvis postea non utendo aut aliis modis amittatur, liberatur tamen, nec quidquam jam amplius præstare debet, quam nudam proprietatem, quam altera stipulatione promisit: illum enim præstando solvit, quod debuit; ac solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. tol. ob. in pr.* At qui promisit fundum, si usumfructum dei separatum, et deinde is amittatur, nulla ex parte liberatur, nisi adhuc fundum pleno jure dederit, idest, et proprietatem et novum usumfructum, qui proprietatem sequatur. Nec ad rem pertinet, quod prius usumfructum dedit. Non enim eum solvit, quem debuit: cum perpetuum deberet, et eum proprietate conjunctum; ipse autem a proprietate separatum, eoque et temporalem dederit. Et in summa, utraque hac stipulatione, fundum dabis? et usumfructum ejus fundi dabis? ususfructus continetur, sed dissimilis. Priore ususfructus conjunctus eum proprietate; proinde et perpetuus. Posteriore ususfructus a propietate separatus, qui idem tempore certis modis finiatur. Quapropter nisi ille ita detur, ut perpetuo maneat, obligationi satis non fit; hic si sua conditione detur, statim liberatio nascitur.

Ad §. *Chrysogonus.*

Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Julio Zosa rem agente Julii Quintiliani absentis, mutua denaria mille: quæ dari Quintiliano, heredive ejus ad quem ea res pertinebit. Kalendis Novembribus quæ proxime sunt futuræ, stipulatus est Zosas libertus, et rem agens Quintiliani: spopondit Candidus dominus meus. Sub die suprascripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo præstari stipulatus est Julius Zosas: spopondit Flavius Candidus dominus meus: subscripsit et dominus. Respondi: Per liberam personam quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur: obligatio nobis pecuniæ creditæ adquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est: ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis, cui principaliter obligatio quærebatur.

Superest, quæramus an ex numeratione ipse qui contraxit, pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur: non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio: non est dicendum, recessum a naturali obligatione. Sequens stipulatio, in qua sine adjectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat, neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem videri: ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum, et cogitur eam patrono cedere, plerumque enim in stipulationibus verba ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt raro inesse tempus vel conditionem ex eo quod agi apparebit intelligendum est: nunquam personam, nisi expressa sit.

SUMMARIA.

1. *Species §.*
2. *Ex liberti stipulatione concepta in personam patroni, an patrono quæratur actio.*
3. *Ex liberti numeratione, an in proposito detur patrono condictio.*
4. *Pecunia alterius nomine mutuo data, illi acquiritur obligatio.*
5. *Liberto in proposito an ex numeratione saltem competat condictio.*
6. *Stipulatio usurarum in specie proposita, an utilis.*

1 Libertus mutuam pecuniam dedit impersonaliter, idest, neque aperte suo nomine, neque alieno; eamque reddi stipulatus est, sed nominatim patrono. Quod si patrono reddita, eive eo nomine satisfactum non esset, tum in singulos menses, quibus id factum non esset, stipulatus est usuras, sed eas rursum impersonaliter, idest, ita ut neque stipularetur aperte sibi, neque patrono, sed
simpliciter usuras. † Hic circa sortem ante 2
omnia quæsitum est, an esset hujus nomine actio patrono: ac primum an esset ex stipulatione. Respondet Paulus non esse, quia per liberam peronam, quæ juri nostro su-

bjecta non sit, neque bona fide nobis servist, obligatio nulla nobis acquiri possit: de qua regula juris abunde diximus ad *L. stipulatio ista*, §. *alteri. supr. eod.* Addit Paulus adeo stipulationem patrono esse inutilem, ut *nec adjecta absentis patroni ei proficiat ad solutionem*. Sensus est, adeo esse inutilem, ut non modo non possit patronus eam pecuniam exigere ab invito, sed etiam ut ne a volente quidem ei possit solvi, ut eo facto debitor liberetur. Et adjicitur ratio, *quia principaliter patrono obligatio quærebatur*. Quod sic interpretandum est; quia destinatione et proposito contrahentium principaliter ei obligatio quærebatur. Sic enim composita erat stipulatio, ut patrono ipsi obligatio quæreretur. Cæterum huic non quæritur re vera, ac nec potest, idque jam ab initio Paulus posuerat. Hoc autem ideo dicit, quia ei, qui creditor non sit, et actionem de pecunia non habeat, non recte solvitur, nisi sit adjectus solutionis causa. §. *plane. Inst. de inut. stip.* Quod in proposito de patrono dici non potest. Non enim adjicitur solutioni is, de quo id agitur, ut principaliter ei obligatio acquiratur: sed is tantum, in quem solutio confertur ejus rei, cujus obligatio in alterius persona prin-
3 cipaliter jam ante constit. *d.* §. *plane*, † Sed an ex numeratione dabitur patrono condictio? Et Paulus; *si liber homo*, inquit, *nostro nomine pecuniam daret vel suam, vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur*. Quo significat, si libertus in specie proposita dedisset pecuniam nomine patroni, futurum fuisse, ut patrono acquireretur condictio. Nunc cum nominatim ejus nomine non dederit, dicendum esse ne ex numeratione quidem illi actionem acquiri.
4 † Quod ait, cum alterius nomine pecuniam mutuam damus, illi acquiri condictionem, videri potest contrarium regulæ juris, quam paulo ante posuit, qua efficitur per liberam personam alteri obligationem acquiri non posse. Et certe res enodationis indiget. Sed quæstio est ad caussam mutui pertinens, de qua scriptum est ex professo in *L. certi*, §. *si nummos, sup. si cer. pet.* ibi locum ex-
5 posui. † Quæsitum est deinde de liberto, an non huic saltem detur actio, non quidem ex stipulatione, quam inutilem esse constitit, et patrono, cui libertus actionem quærere non potuit: et liberto, qui sibi quæsitam noluit, *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* sed ex numeratione. Et Paulus in uno hoc casu. *si præcedat numeratio, sequatur stipulatio*, aperte rem definit, *non esse dicendum recessum a naturali obligatione:* significans hoc casu competituram esse liberto condictionem haud dubie quia hæc illi ex numeratione primo competere cœpisset: non possit autem diei ab ea recessum esse posteriore stipulatione tanquam novatione facta: quoniam ne jure quidem vetere novatio fieret, ubi in posteriore stipulatione nihil novi intervenisset: quod fit, ubi nec persona nova accessit, et in stipulationem venit tantundem. §. *præterea. Inst. quib. mod. tol. obl.* Quod si in continenti stipulatus esset libertus patrono pecuniam reddi, tantum significat Paulus quæri posse, an hoc casu actio ei qui contraxit, id est, liberto competat etiam ex numeratione: et adjicit rationem, cur non videatur posse competere; quia cum mutuam pecuniam dantes eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. Quod hanc sententiam habet, obligationem hic ex numeratione non nasci, sed solum ex stipulatione, quia id agatur, ut sola stipulatio teneat, ut hoc idem explicatur in *L. cum enim, infra, de novat.* Sed hoc, inquam, ostendit Paulus solum dubitari posse, an no ex numeratione quidem actio in proposito danda sit liberto, qui contraxit. Quid autem in eo probandum sit, relinquit in medio. Et quod hic omissum est, sumetur ex *dict. L. certi*, §. *numeravi, supr. si cer. pet.* ubi Ulpianus scribit ad hanc sententiam; quoties mutuam pecuniam dans eam in continenti stipulatur, unam quidem esse obligationem, non duas, et eam ex stipulatione, non ex numeratione; sed ita, si utiliter stipuletur: quod si stipulatus erit inutiliter, tum contrahi obligationem ex numeratione: quod quam recte dicatur, illic exposui. Hæc de sorte. † Circa sti- 6
pulationem usurarum dubitatum est, num hæc quoque ut superior sortis esset inutilis. Nam qui sortem ipsam stipulatus est nominatim patrono, existimari potest etiam ejus sortis usuras in personam patroni contulisse, etiam si sine adjectione nominis eas stipulatus sit. Paulus statuit postquam libertus aperte eas patrono stipulatus non est, stipulationem sic accipi debere, quasi sibi sit stipulatus, non patrono; proinde stipulationem valere, et inde liberto actionem acquiri, quam cogetur postea patronu cedere. Sed cum sine adjectione nominis stipulatio concepta sit, cur interpretamur libertum sibi stipulatum esse potius, quam patrono, præsertim cum ex stipulatione sortis appareat libertum voluisse in ea pecunia consulere patrono, ut cui eam nominatim stipulatus fuerit? Quia inquit Paulus, maligne interpretaremur libertum eidem stipulatum esse usuras, cui et sortem, videri. Sed cur maligne? quia calli-

da est omnis et maliciosa cujusque contractus interpretatio, cum verba captamus sive præcedentia, sive sequentia adversus mentem et sententiam contrahentium: id est, adversus æquum et bonum. Quod hic fiet, si ex verbis stipulationis sortis accipiemus libertum usuras itidem stipulatum esse patrono. Sic enim eveniet, ut stipulatio usurarum paritèr sit inutilis. Illud autem rectum, et sententiæ contrahentium conveniens stipulationem sic accipi, ut valeat potius, quam pereat, ne dicantur nihil agere voluisse contrahentes, quos constat serio stipulationem interposuisse *L. quoties in, sup. eod.* Huc accedit, inquit Paulus, quod *plerumque in stipulationibus verba inspicienda sunt*; utpote *ex quibus obligatio oritur.* Quod si fit, non dicemus libertum patrono stipulatum esse, ubi de patrono nihil verba exprimunt. Sed cur ista ratione non dicamus etiam ipsum non videri stipulatum sibi, cum nec de eo quidquam exprimant verba? Si verba de stipulante non exprimunt at certe de eo satis significant: stipulatur enim libertus dari obligationis contrahendæ causa: proinde ut sit utile, quod geritur: non potest autem utiliter stipulari, nisi sibi. At enim in stipulatione interdum, inest tempus; inest etiam conditio, quamvis, neutrum exprimatur: neque id tantum ex natura rerum, ut cum stipulamur Ephesi dari ubi inest tempus, intra quod possit perveni Ephesum: *L. interdum, sup. eod.* ut cum stipulamur fructus: ubi inest hæc conditio, si nascatur, *L. 1. in fin. sup. de con. et dem.* quæ ad hunc locum non pertinent: insunt enim hæc in stipulatione necessario natura rerum ita exigente, non etiam ex conjectura voluntatis contrahentium admittantur. Sed insunt hæc duo interdum (tempus dico et conditionem) etiam tunc, cum natura rerum nihil horum exigit, insuntque solum ideo, quia intelliguntur ex præcedentibus, sicque res accipitur, ut quæ in una parte conventionis dicta sunt, videantur in sequenti stipulatione ad eandem rem pertinente repetita. *L. Titia, §. 1. infr. eod. L. 4. in fin. supr. de pact.* Ex quo recte colligi posse videtur etiam hic in stipulatione usurarum subjecta, intelligi debere personam patroni priore stipulatione sortis expressam. Negat Paulus hæc recte comparari: tempus ait et conditionem inesse, interdum intelligi posse: *personam nunquam nisi expressa sit.* Ubi personam accipere debemus aliam, quam stipulantis. Nam quod ad hujus personam attinet, non modo hæc in stipulatione impersonaliter concepta intelligitur, ut hoc loco; sed etiam eam intelligi necesse est, si stipulationem valere volumus. Ideo autem priora duo intelliguntur nonnunquam: quia est ex sententia contrahentium intelligi, dum his intellectis nihilominus valet stipulatio. Persona autem extranea, in quam stipulatio conferatur, ideo non intelligitur; quia non potest intelligi, quin stipulatio sit inutilis; quod fieri est contra mentem contrahentium, ut recte Duarenus hunc locum accepit. Idque hoc modo idem Paulus explicat in dicta *L. Titia, §. 1. infr.* ubi cum definisset plerumque ea, quæ præstitionibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita credi: addidit hanc correctionem; sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.

Ad §. Si ita stipulatus fuero.

Specie jam ante exposita in L. *si ita stipulatus* 97. *sup.*

Ad L. *Si pupillus*. 127. Scævola *lib. V.* Quæstionum.

Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat, et fidejussorem dedit: servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fidejussor erit propter pupilli moram obligatus. Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est; esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea.

S U M M A R I A.

1. *Pupillo sine Tutoris auctoritate Stichum promittente, fidejussore dato, an ejus cessatio fidejussori noceat.*
2. *Pupillus interpellatus si non solvat, cur moram facere non intelligatur.*
3. *Regula juris.* Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est *explicatur, et objecta quædam diluuntur.*
4. *Fidejussio in proposito ad quid utilis.*
5. *Pupillus sine tutoris auctoritate an obligetur naturaliter.*
6. *Pupillaris ætatis partes tres.*
7. *Infans nullo modo neque civiliter, neque naturaliter obligatur.*
8. *Infantiæ proximus sine tutoris auctoritate ne naturaliter quidem obligatur.*
9. *Pupillorum vocabulo, cum de his sine tutoris auctoritate obligandis agitur, soli ii, qui pubertati proximi sunt, intelliguntur.*
10. *Infantiæ proximus a pubertati proximo quomodo distinguatur; et quæ ætas pupillaris his verbis notetur.*
11. *Pubertati proximus sine tutoris auctoritate contrahendo, an naturaliter obligetur, ubi contrarii hac de re loci conciliantur.*

1 Pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promisit, et fidejussorem dedit. Interpellatus ut Stichum daret, non dedit, deinde Stichus mortuus est. Pupillum non teneri constat. Nam qui vivo Sticho non erat obligatus, ut qui promisisset sine tutoris auctoritate. *L. obligari, supr. de auct. tut.* is utique mortuo eo non incipiet obligari: quoniam et hæc mora sine tutoris auctoritate contigit, et quidem nullo interposito ad obligationem pupilli consensu. Quinimo etsi antea obligatus fuisset pupillus, vel quia promisisset tutore auctore, vel quia obligatio ex re nasceretur, vel quia successisset ipse debitori: tamen mortuo Sticho liberaretur, quia Stichus sine mora pupilli esse desiisset. *L. si ex legati*, 23. *L. sed etsi, seq. sup. eod.* Itaque de pupillo nihil hic dicit Scævola. De fidejussore pupilli quæsitum est, an propter superiorem pupilli moram fidejussor ejus obligetur. Et teneretur sine dubio, si post moram pupilli Stichus esset mortuus: certi enim juris est moram rei principalis fidejussori nocere, eique perpetuare obligationem *L. mora, L. si servum, §. nunc videamus, sup.* Idemque in contrarium valet, ut si pupillus moram non fecisset, non teneretur fidejussor: nam et pupillus promissor si prius obligatus esset, liberaretur interitu rei promissæ. *d. L. si ex legati*, cum ex quo necesse esset evenire, ut liberarentur et accessiones, puta fidejussores. *L. in omnibus speciebus, inf. de sol. L. cum principalis, infr. de reg. jur.* Quæstio ergo in eo est, an interpellatus pupillus dum non solvit, moram fecerit. Hinc responsum Scævolæ hoc loco: ideo scilicet mortuo Sticho fidejussorem in proposito non esse obligatum, quia nulla hic mora facta sit ne a pupillo quidem. Quod enim dicit fidejussorem propter pupilli moram non fore obligatum: abusive moram vocat, quæ videatur talis esse, quia a pupillo et eo interpellato cessatum est: eo autem vera et jure non sit mora, quia non sit injusta cessatio: quod ad moram statuendam accedere necesse est, *L. sciendum sup. de usur.* Idque ita sentire Scævolam manifestum est, cum idem neget postea fidejussorem propter pupilli moram teneri, quia pupillus moram non fecerit: *nulla enim*, inquit, *intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.* † Multæ sunt causæ, cur hic pupillus interpellatus etsi non solvat, non faciat moram. Nam etsi jure esset obligatus; tamen non habet in potestate id quod petitur: alienare enim non potest; eoque nec solvendi sine tutoris auctoritate jus habet,

dict. L. obliqari, sup. de auc. tut. §. ult. Inst. quib. al. li. vel non. Hæc autem idonea adversus moram defensio est, si dicatur res debita in potestate rei non fuisse. *L. quod te, sup. si cer. pet.* Ignorat etiam pupillus, an debeat, quod petitur, propter imperitiam ætatis, quæ et ipsa idonea causa est, cur existimetur quis sine mora differre solutionem. *d. L. quod te.* Sed hæ ut ubique locum habent, id est, non hic tantum, sed etiam cum pupillus obligatus fuit quas ideo solum commemoravimus ad *L. si ex stipulatu.* 24. *sup.* ita probabiles sunt magis, quam necessariæ. Illa est potentissima ad moram amoliendam, si dici possit jure pupillum non debuisse: perspicuum est enim nihil esse, quod objiciatur. ei, qui non solvit, quod invitus non debuit. Hæc causa cum in proposito se daret, cæteris omissis Scævola hac uti maluit. *Nulla* igitur, inquit, *intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* unde sumpta regula juris, *L. 1. nulla infr. de reg.*
3 *jur.* ✝ Petitio hic interpellationem et conventionem non significat. Et si enim ut plurimum sine interpellatione mora non sit: *L. moræ, sup. de usur.* tamen nunquam aliter fieri multis modis falsum est, ut ostendimus ad *L. si rei legati, sup. eod.* Sed et in specie proposita, ubi negat Scævola petitionem esse adversus pupillum, constat fuisse pupillum interpellatum: cum enim nominatur ejus mora, hæc alia intelligi non potest. quam ejus cessatio. quam prius interpellatio creditoris præcessit: nam nisi quid aliud intervenerit, propter quod non posset debitor interpellari, aut non esset necesse. sine interpellatione mora non fit. Dict. *L. mora, sup. de usur.* Petitio hic actio est, ut in usu juris hoc verbum usurpatur. *L. L. exstat, sup. quod met. caus.* estque hic sensus. nullam intelligi ibi moram fieri, ubi nulla actio est, nullum jus petendi judicio ab eo, qui interpellatur. Nullam actionem accipere debemus, non tantum quæ plane et omni jure nulla est; sed etiam quæ Iure Civili constituta per exceptionem infirmatur: inter quæ ad vim actionis nihil interest ut regula juris traditur. *L. nihil interest, inf. de reg. jur.* Id quod declarans Paulus in *L. lecta, ver. penu. sup. si cer. pet.* diserte ait non esse in mora eum, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Est autem superior regula et verissima et perpetua. Obiici solet *L. nuda. C. de cont. stip.* ubi qui nuda pollicitatione promiserat se quid facturum, et ni fecisset, promiserat stipulanti, quanti ea res est, si interpellatus ut faceret, quod pollicitus erat, non fecerit, placet ea intepellatione confestim commissam esse stipulationem, quamvis ex nuda pollicitatione nulla fuerit actio. Sed quid hoc ad regulam? ut nulla est actio de eo, quod in pollicitationem deductum est: ita ne moram quidem in eo fieri dicimus, cum dicimus eo non præstito stipulationem pœnæ committi. Non enim ideo committitur, quia reus prius moram fecerit, sed quia conditio stipulationis exstiterit, ut eodem rescripto expressum est. Fuit autem hæc conditio, non si promissor in eo, quod pactus erat, præstando moram faceret; quod in pecunia indebita fieri non potuit: sed si id non præstaret: quod et Bartolus recte animadvertit. Sunt etiam, qui objiciant *L. ita, stipulatus, sup. eod.* ubi qui promisit Pamphilum, et si Pamphilum non daret, pœnam; si interpellatus Pamphilum non det, placet adversus eum mora facta statim committi pœnæ stipulationem. Quasi quidquam dicatur in hac specie, quod non apprime et aperte cum superiore regula conveniat. Qui interpellatus non dat Pamphilum, moram facit. Recte: quoniam et Pamphilus ab eo peti potuit judicio etiam commissa semel pœnæ stipulatione. Pœnali enim stipulatione non novatur prior, ut illic docuimus: ut efficiatur, quod regula exigit. ideo moram hic fieri, quia id petitum sit, cujus nomine fuerit jure actio. Quod si quis in superiore exemplo Pamphilum in petitione esse non admitteret, sed tantum in præstatione: diceremus ne moram quidem eo non præstito fieri, sed quod in exemplo *L. nuda*, Idem in hoc quoque evenire. ut Pamphilo non præstito committeretur pœnalis stipulatio, non propter præcedentem aliquam moram, sed quia conditio stipulationis extitisset. Nisi forte cum istis recipimus, ut hic Pamphilus ante moram debitus fuerit, et peti potuerit; unde et eo petito mora secuta sit jus juxta regulam: sed mora facta statim desinat deberet. Quo nihil potuit dici absurdius: mora enim in id, quod quod debetur, incidens tantum abest, ut tollat obligationem, ut hanc maxime confirmet, et pro temporali perpetuam faciat. *L. si servum, §. sequitur. supr.* alioqui mora auctori prosit, non noceat contra regulam juris, et omnem æquitatis rationem. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur.* Sejo in hoc legato, heres meus Sejo penum dato: si non dederit, decem dato, placere penum peti non posse, tantumque esse in præstatione: *L. 1. supr. de pe. leg.* et tamen hac petita si heres eam non det, dici moram ab eo fieri. *L. 1. §. item si ita, supr. ad leg. Falc.* ut hoc potius pro contrario afferri debuerit, quam illud prius

Sed et in hac specie mora abusive dicitur pro cessatione ab eo interposita, qui interpellatus dare noluerit, quod petebatur; etiam si vere mora non fuerit, cum id recusatum sit, quod non fuerit reo necesse præstare: similiter ut et hoc loco. Denique quod Paulus in dict. *L.* 1. §. *item si ita, ad leg. Falc.* dicit decem sola deberi, cum heres in solvenda penu moram fecit, nihil aliud est, quam quod idem expressit alibi, pecuniam tunc deberi, cum interpellatus heres penum aut fundum prius legatum non dedit. *L. si penum, supr. quan. di. leg. ced.* Vere igitur in universum definitur, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio seu actio est. Quo posito cum id sumatur in proposito, nullam esse actionem adversus pupillum de eo, quod ille promisit sine auctoritate tutoris; recte colligitur nullam ab eo moram in eo quod ita promisit, fieri potuisse. Cui et illud consequens est, ut quamvis post ejus cessationem Stichus promissus decesserit; nihilo tamen magis fidejussor obligetur: quia non sit hic ulla
4 mora, quæ illi noceat. † Quæreret ergo aliquis, quid profuerit fidejussorem a pupillo acceptum esse. Respondet Scævola fidejussorem obligatum esse, ut vivo adhuc homine promisso conveniri possit: aut si is mortuus est, ut possit conveniri non quidem ex mora pupilli, quæ nulla est, sed ex sua. Etsi enim Sticho post moram solius fidejussoris mortuo, atque ita liberato reo secundum regulam juris, *L. si ex legati. sup. eod.* per consequentias liberatur et fidejussor summo jure: *L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* tamen æquum et bonum est fidejussorem ex sua mora teneri, eoque placet et teneri eum utili actione. *L. cum filiusfam. supr.* ubi diximus. Statuit igitur Scævola fidejussorem utiliter accedere pupillus promissioni etiam tum, cum pupillus promiserit sine tutoris auctoritate. † Qua ex re
5 eadem opera declarat et pupillum eo facto obligari saltem naturaliter: alioqui inutiliter fidejussor accipiatur, qui nihil nisi principalis obligationis vel civilis, vel naturalis accessio est. *L. fidejussor obligari.* §. *fidejussor. inf. de fidejuss.* §. 1. §. *fidejussores, Inst. eod.* Et pupillum sine tutoris auctoritate promittendo, mutuum accipiendo, vel aliter contrahendo civiliter ex eo contractu non obligari constat. *L. obligari, supr. de auct. tut.* cæterum his modis obligari saltem naturaliter, sententia est, quæ non hoc tantum loco, sed et aliis multis confirmatur, ut *L.* 1. *in fine, infr. de novat. L. si pupillus, supr. ad L. Fal. L. in numerationibus, infr. de sol. L. si ejus, supr. ad Treb. L. cum illud*, §. 1. *supr. quan. di. leg. ce. L. ult. supr. de jurejurand.* Sed sententia incidit in difficultatem propter duos locos quibus id ipsum diserte negatur. *L. pupillus, supr. prox. tit.* et *L. quod pupillus, supr. de cond. ind.* Etsi autem quæstio non magis hujus loci propria est, quam cæterorum, quibus hæc obligatio nominatur: tamen quia pariter in hunc locum incurrit, semel puto dicendum, quod pertineat ad omnes, dum simul hic locus intelligatur.
† Et cum pupillaris ætatis tres sint partes 6
infantia, et ea pars, quæ infantiæ proxima est, tertia quæ proxima et pubertati: §. *pupillus, Instit. de inut. stip. L. pupillum,*
infr. de reg. jur. † de infante statuendum 7
est, quod inter omnes convenit, hunc nullo modo neque civiliter, neque naturaliter obligari posse; quippe cujus nullus intellectus sit, nullus consensus: qui denique non multum distet a furioso: qua ratione nec tutore auctore obligari eum posse placuit, non magis quam furiosum. *d.* §. *pupillus, de inut. stip. L. in negotiis, infr. de reg. jur.* Et recte. Nullus est enim contractus, nulla ex contractu obligatio sine consensu. *L.* 1. §. 1. *sup. de pac.* nec potest tutor auctoritate sua comprobare contractum, seu consensum, qui non est. Itaque, et si locupletior factus sit infans pecunia ei mutuo data, aut re aliqua ei commodata: tamen ne sic quidem obligari potest ex consensu is in quo consensus non fuit: adeo ut nec actio ex contractu ullis in infantem dari possit, postquam effectum est nullum hic contractum etiam natura intelligi. Non nego in pupillum cujvis actionem, quatenus locupletior factus est, dari ex rescripto Divi Pii *L. pupillus, supr. de auct. tut.* Sed si is infans sit, erit actio adversus eum, tanquam negotio ejus gesto negotiorum gestorum: qualis esse solet etiam adversus furiosum, si quis furiosi negotia gesserit. *L.* 3. §. *pupillus, ver. etsi furiosi, supr. de neg. gest.* ex contractu, qui nullus est, actio esse non potest. Qui consensum et placitum infanti detrahit, is detrahit et naturalem obligationem, quæ ex consensu nascitur. *L.* 1. *supr. de pact.* Proinde de pupillo infante verissime dicetur, quod scriptum est in *L. pupillus, sup. prox. tit.* hunc mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturalis obligari. Hoc enim ita est, sive tutoris auctoritas intervenerit, sive non intervenerit: et sive locupletior factus sit, sive non sit. Non quod non obligetur naturaliter et civiliter, qui locupletior factus est: sed quia non ita obligetur, quia mutuam pecuniam accepit, sed quia factus est locu-

pletior. Neque hæc sententia do infante pu-
gnat cum iis locis, quibus simpliciter traditur
pupillum obligari natura, quos lucos supra
indicavi. Cum enim in negotiis contrahendis
nominatur pupillus, intelligi debet is, cujus
natura est aliquis intellectus et consensus:
denique is qui non est infans, aut non distat
ab infante. Scilicet ut accipiatur is, in quem
natura possit eadere id, de quo agitur. Idque
ita fieri debere præcipitur in *d. §. pupillus,
de inut. stip.* sicque aperte accipitur pupilli
nomen in *L. in negotiis. infr. de reg. jur.*
Infantem dici constat, qui minor est septem
annis: majorem infante, qui eam ætatem
8 excessit. *L. si infanti, C. de jur. delib.* ✝ Qui
infantiæ proximus est pupillus, huic duæ res
tribuuntur in *d. §. pupillus*, quæ initio ejus
§. tributæ erant generaliter pupillo: ut si
de aliis obligandis agitur, hos sibi recte ob-
liget: si de ipso obligando, obligetur et ipse
recte, sed adhibita tutoris auctoritate, quæ
dum ad quæstionem institutam nihil perti-
nent. Cæteris in rebus hic ipse ibidem com-
paratur infanti, *in vers. sed quod diximus.*
Nam illic uterque ponitur in eadem causa;
uterque dicitur pariter non multum dista-
re a furioso, addita hac communi ratione,
quia hujusmodi ætatis pupilli nullum ha-
beant intellectum. Quodque duo illa supe-
riora tribuuntur postea iis, qui infantiæ pro-
ximi sunt, ostenditur non summo jure id
fieri, sed benigniore interpretatione receptum
esse propter eorum utilitatem. Unde intel-
ligimus, eum ab illis duobus discesserimus,
puta eum is qui infantiæ proximus est, pe-
cuniam accepit, aut promisit quid sine tuto-
ris auctoritate, hic non magis obligari eum,
quam infantem. Quapropter et in hujus æ-
tatis pupillo recte usurpabitur, quod est in
d. L. pupillus, supr. prox. tit. hunc mu-
tuam pecuniam accipiendo (accipiendo, in-
quam, per se sine tutoris auctoritate; nam
cum tutor accedit, et fit auctor, magis ipse
accipere videtur, quam pupillus) hunc, in-
quam, accipiendo hoc ipso solum, quod ac-
cepit, nec naturali jure obligari. Item et
illud vere, quod est in *L. quod pupillus,
supr. de cond.* si quid pupillus qui infantiæ
proximus est, promiserit sine tutoris aucto-
ritate, ipsum nec natura debere. Nam et de
infante id dicturi essemus citra controver-
siam. Hic autem in hac caussa similis. Quod
si ita est; quæ de obligatione naturali pupilli
dicuntur aliis locis, ut ad infantem non per-
tinent, sic nec ad eum, qui sit infantiæ
proximus, pertinere intelligendum est. At-
que ita ad hanc usque ætatem inter hos
locos optime convenit, ut nullis repugnanti-
bus dicendum sit, si quid hujusmodi æta-
tis pupilli sine tutoris auctoritate eum alio
gesserint, eos ex eo contractu etiam jure
naturali non obligari. ✝ Si quid hic dissidii 9
est, id consistit in ea ætate, quæ proxima est
pubertati, qua ætate qui sunt pupilli, cum
de his sine tutoris auctoritate obligandis
agitur, soli vocabulo pupilli ex sententia
loquentium intelliguntur. *d. §. pupillus.
Inst. de inut. stip. et d. L. in negotiis, de reg.
jur.* Et in his pupillis non abs re est, cur
videantur superiores loci inter se dissidere.
Omnes de pupillo simpliciter scripti sunt;
et tamen in aliis omnibus constantes osten-
ditur pupillum quamvis sine tutoris auctori-
tate contrahendo naturaliter obligari; in
duobus illis, quos dixi, id ipsum diserte
negatur; de quo restat, ut cognoscamus.
✝ Ne tamen aut de proximis infantiæ fru- 10
stra dictum sit antea, aut deinceps frustra
dicatur de ætate posteriore; ante videndum
est, proximum infantiæ a pubertati proximo
quomodo distinguamus, et quæ ætas pupilla-
ris his verbis notetur. Recte (1) Accursius
ad *d. §. pupillus*, cujus sententiam et Bar-
tolus probat in *L. 1. infr. de novat.* totum

(1) Gom. 3. *res.* 1. *n.* 57. Quamvis hic alii non unis modis varient. Cujac. ad *C. continebatur* 6. *de despons. impub.* puellam pubertati proximam quæ agit vel explevit 11. annum per *d. C.* 6. *et C.* 21. *de spons.* Puerum qui gerit annum 13. Gr. μελλέφηβος et Ræv. *ad L.* 111. *de R. I.* qui annum 13. ingressus teste Servio ad Virgil. *Eclog.* 8.

Alter ab undecimo tum me jam ceperat
annus.

et P. Fab. ad *L.* 5. *de R. I.* Alii, qui 14. annum attigit vel ingressus *Rob.* 2. *rec. lect.* 17. qui tamen. 3. *anim.* 32. videtur proximum pubertati definire qui nuper pubertatis annos prætergressus. Alii cui semestre deest ad pubertatis annos. Cujac 17. *Obser.* 4. *in fin. et* 3. *not.* Merc. 12. Loriot. ad *L.* 2. §. 1. *de R. I. f.* 521. In criminalibus hoc admittit, in civilibus autem Bart. et Gometii, etc. definitionem probat. Catellia. Cotta in *Memoral.* v. *Pupillus.* Denique Coras. 6. *misc.* 23 *n.* 7. *et* 8. Covar. de *matrim. P.* 2. *Cap.* 5. *n.* 7. Vigl. in §. *testes* 6. *I. de testam. n.* 11. judicis arbitrio relinquunt. quia puerorum alius alio præcociore est intellectu, citiusque dolum capit. Et ita post varias opiniones examinatas Menoch. 2. *urb. Ca.* 37. *n.* 20. *et seq.* Gerd. *de Contr. stip. C.* 7. *n.* 185. *et seqq.* Phil. Matth. ad *L.* 108. *de R. I. n.* 31. *et seqq.* Setser. *Lib.* 4. *de Juram. Cap.* 2. *n.* 13. *et seq.*

reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse monet in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiæ proximus, qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is incipiat vere dici proximus pubertati, quia re vera huic sit propior, quam infantiæ. Itaque pupillum esse proximum infantiæ, qui septem annis major consistat adhuc intra annum decem et dimidium; qui excessit, esse proximum pubertati; pupillam autem infantiæ proximam eam fore, quæ infantiam egressa consistat intra annum nonum et dimidium; quæ excessit esse
11 pubertati proximam. ✝ Redeo jam ad hujus pupilli, qui pubertati proximus sit, naturalem obligationem. Et in hoc, inquam, præcipue superiorum locorum dissidium constitit, nec, ut dixi, existimatur injuria magnum subesse; cum in aliis tradatur pupillum etiam sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accipiendo, aut quid promittendo naturaliter obligari; in aliis duobus omnis hoc casu obligatio et nominatim etiam naturalis itidem in pupillo, et generaliter rejiciatur. Neque enim audiendus est hoc loco (2) Accursius, et qui hujus sententiam vulgo secuti sunt, ad *L.* 1. *infr. de novat.* cum duos illos locos, quibus negatur pupillum natura obligari, de infante, et eo qui infantiæ proximus est, accipiendos docent; in quibus omnia cum in verbis, tum in sententia huic interpretationi refragantur. Ait Rufinus; *pupillus* (intellige, solius) *mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur. L.* pupillus, *supr. prox. tit.* Et Neratius, *quod pupillus* inquit, *sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, ejus repetitio est: quia nec natura debet,* L. quod pupillus, *supr. de cond. ind.* Uterque locus diserte de pupillo scriptus est, Pupillus non significat infantem. Omnis quidem infans si sui juris sit, est pupillus, sed non omnis pupillus est infans. Unde igitur hoc sibi concedi volunt, ut quod de pupillo simpliciter dictum est, id interpretentur de infante? Repugnat non solum verbi significatio, sed etiam scriptorum intelligentium prudentia et consuetudo. Infantem si intellexissent juris auctores in su.. .s scriptis locis, infantem nominassent, non pupillus, si quidem vellent intelligi, ut qui scirent aliud esse pupillum, aliud infantem. In quo cum naturaliter et intelligenter locuti essent, tum vero secuti essent omnium non inepte loquentium et præsertim aliorum juris auctorum morem, qui quoties id dicere volunt, quod sit infantis proprium, infantem exprimunt, et ad hunc nominatim conferunt orationem: ut *L.* 1. §. *ult. sup. prox. tit. L.* apud, *L. coram, infr. de ver. sig.* Quare cum in supra scriptis locis de pupillo definitionem conceperint, hunc ipsum intelligi voluerunt, quisquis pupillus sit, non infantem solum. Nec minus rerum, de quibus illi agitur, conditio repugnat, quominus eorum locorum auctores de infante senserint. Nam in priore agitur de pupillo, qui mutuam pecuniam acceperit: quod infanti non recte convenit: nemo enim facile tam stultus reperitur, qui soleat soli infanti mutuam pecuniam dare. In altero definitio est de pupillo, qui quid stipulanti promiserit: hoc vero infanti tribui non potest: quem certum est natura promittere verbis non posse, cum loqui non possit *L.* 1. §. *ult. sup. prox. titu.* Huc accedit, quod utroque in loco quæstio est, an pupillus sine tutoris auctoritate naturaliter obligetur ex contractu. Hæc (3) quæstio ex sententia loquentium ad eas personas accomodanda est, in quas cadet ejusmodi dubitatio. Alioqui definitio sit supervacua et inepta. Proinde referenda ad pupillum, qui fari potest, et qui pubertati sit proximus. Nam de infante nemo unquam dubitavit, quin is ex contractu non possit obligari, cum hujus nullus sit intellectus, nullus consensus natura. Usque adeo ut nec accedente tutoris auctoritate placeat eum obligari posse. *d.* §. *pupillus, Inst. de inut. stip. d. L. in negotiis, infr. de regul. juris.* Fatendum est igitur, quemadmodum cum in aliis locis simpliciter scriptum est pupillum naturaliter obligari, eum pupillum intelligimus, qui pubertati proximus est; sic et cum in aliis duobus simpliciter traditur pupillum nec natura obligari, hunc eundem pupillum præcipue intelligi debere: non quod non sit certius infantem, et eum qui infantiæ proximus sit, non obligari natura, quam eum qui ætate provectior fructus plus intelligit, quam priores, sed quia de prioribus satis natura ipsa admonemur, hos non obligari, quia non intelligunt, quod agitur, eoque nec ad id intelligendum alia defini-

(2) Et nove Hortens. ad *L.* 1. *de novat.* Alii tamen inter proximos infantiæ et pubertati distinguunt, Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 1. Rob. 2. *rec. lect.* 17. *et* 3. *animad.* 21.

(3) *Ita et* Baro in §. 1. *I. quib. mod. re Contr.* Duar. *de O. et A. C.* 2. Bronch. 1. *Ass.* 32. Addit Baro in §. 9. *de I. de inutil. stip* quia iidem Jurisconsulti qui pupillum obligari negant, si solus, obligari dicunt auctore tutore, quod infanti non convenit.

tione admodum est opus: opus qui autem pubertati est proximus, is est solum, de quo ut præcipue dubitatur, ita potissimum juris definitione caveri oportuit. Ita fit, ut de eodem pupillo dictum sit a juris auctoribus, hunc sine tutoris auctoritate contrahendo obligari naturaliter; et rursum eundem nec naturaliter obligari. Quæ si dicta sunt diversis conditionibus, inter se non pugnant: puta, si intelligamus obligari pupillum naturaliter, si locupletior factus sit; non sit factus, nullo modo eum obligari. Sin intelligunt juris auctores pupillum sine tutore auctore contrahentem naturaliter obligari etiam si locupletior inde factus non sit, relinquitur ea difficultas, quæ merito etiam doctissimos semper exercuit. Videamus ergo, num ad hæc conciliandа admitti possit superior distinctio, quæ tradita a Martino, et repudiata jam olim a veteribus interpretibus, nostra ætate (4) refricatur a quibusdam, et pro certissima obtruditur sine alia probatione, ut dicamus pupillum sine tutore contrahendo obligari posse naturaliter, sed ita, si locupletior factus sit: aliter nullo modo obligari, ac ne naturaliter quidem. Quod minime omnium recipiendum est. Prius enim ridiculum est: posterius pene tot locis refellitur, quot locis significatur pupillum naturaliter obligari. Obligatur: inquiunt, pupillus naturaliter, si locupletior factus sit. Si intelligerent (5) naturaliter tantum, aperte

(4) Cujac. In *d. L.* 127. *et* 21. *Obs.* 33. *et* 22. *Observ.* 23. *Pac.* 4. *Quæst.* 9. P. F. ad *L.* 5. de *R. I. Vült.* 1. *dis.* 16. Gœd. de *Contr. stip. Cap.* 7. *n.* 212, *et seqq.* Hopper. *Lib.* 1. πειθανων *pag.* 22. Phil. Matth. ad *L.* 5. *de R. I. n.* 20. *et seq.* Forst. *de pact. Cap.* 5. *p.* 96. *et seqq.* Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 19. Et ita quoque Govean. ad *L.* 1. §. 17. *ad L. Falc. n.* 17. *et seqq.* quia cum locupletior, natura æquum est teneri, ubi tamen *n.* 18. interdum natura debita dici, quæ reipsa credita et promissa, tametsi ad solutionem nulla æquitatis ratio urgeat. Sic accipit *L.* 1. *de Nov. L.* 95. §. 3. *de solut.* *L.* 25. §. 1. *Quan. de Leg.* in quibus speciebus non locupletior proponitur. Non quod jure gentium teneatur, sed quod re ipsa mutuo acceperit. Et inter naturalem obligationem quæ ex omni consensu, sed nullius effectus, etiam jure gentium deserta et juris naturalis cui vis aliqua cogendi insit; ac jussum distinguit hac in re Coras. 6. *misc.* 22. *n.* 4. *et* A. Fab. 8. *Con.* 5. neminem ante se id dixisse jactitans. (quem et refellit Niell. *Disp. feud.* 2. *Th.* 4. *lic. C.*) Melius aliquando idem ad *L.* 28. *pr. de pact.* Ræv. ad *L.* 84. §. 1. *de R. I.* controversiam fuisse sentit inter proculianos qui non tam jus gentium nudum expenderint quam æquitatem naturalem: et Sabinianos qui ad nudum jus gentium retulerint, quo obligationes inductæ nulla personarum, ætatisque, sed sola rei habita ratione. Baro ad *L.* 1. *de I. et I. et ad L.* 7. *de pact. et tit. I. Quib. mod. re Contr. in* §. 9 *I. de inut. stip. in manual. ad L.* 13. *de cond. ind. et passim*, distinguit inter jus naturale et gentium. Sed melius in *tit. I. de auct. tut.* pupillum qui capit intellectum, natura quidem ex promissione obligari, sed illam obligationem semper infirmam habitam circa commercia, nimirum quod æquum gentibus visum non fuerit tam infirmum judicium huic ætati nocere. Sic et A. Fab. ad *d. L.* 28. *pr.* Licet æquitas naturalis suadeat pacta servari, major tamen contraria æquitas non patitur ut qui naturæ vitio sibi prospicere nequit, nocere possit. Duar. de *Cond. ind. C.* 6. obligari eum vel non, prout æquitas (ex qua omne hoc æstimandum, vid. *not. sup. Civil. Comment. Lib. XII. C.* 2. *N.* 2.) id exigit. Quare in his quæ nullum aut leve incommodum afferunt obligari eum ut fidejussor accedere possit, novatio valeat. Et de *O. et A. C.* 2. consulendam hic philosophiam scribit, nec philosophum, de officiis differentem, hic simpliciter responsurum. Nec tantum an consenserit, sed an ex firmo judicio et consilio spectandum, vid. *L. ult. de man. vind.* Obligari itaque in iis quæ nihil vel minimum officiunt. Non autem ubi de retentione rei solutæ agitur, nisi locupletior factus. Quæ eodem in effectu tendunt, quo Don. noster. Cum quo magis convenit Wes. in §. *pupillus* 9. *I. de inut. stip. n.* 2. Pagius quoque *d. Lib.* 4. *Q.* 9. quando non locupletior, naturalem obligationem in persona pupilli consistere, non respectu ipsius, sed aliorum, in quibus cessat æquitas. Nec est quod in Donelli sententia eruenda anxie laboret Gœd. *d. lo. n.* 225 *et seqq.* cum eam ipse aperte prodiderit. Absit vero ut unquam absohrtissimus IC. de duplicis obligationis unius realis, alterius personalis concursu in eandem personalis concursu in eandem personam vel somniarit. Aliter Balduin. ad *pr. I. de auct. tut. n.* 11. Bronch. 1. *Ass.* 32. Gutierez. in *repet. L.* 55. *de leg.* 1. *n.* 146. *et seqq.* Loriot. ad *L.* 2. §. 1. *de S. I. f.* 523. et aliter idem de *Jur. arte tract.* 17. *et seqq. axiom.* 40.

(5) Ita argument Rob. 2. *rec. Lect.* 17. Loriot. ad *d. L.* 2. §. 1. *de R. I. f.* 523. Sed in hoc a nostro recedo, quia potest et actio oriri ex obligatione naturali. vid. *not. supr. Civil. Comment. Lib. XII. C.* 2. *N.* 15. non tamen ordinaria et directa. Quia obligatio civilis ex contractu requirit conventionem. Quæ deest non tantum ubi plane nullus, sed et ubi non integer consensus ut hic *L. ult. de mand. vind.* Nec certe ideo perfectior consensus, si a nullo suppletur, quando locupletior redditur impubes, quia nec hoc ipsum augent, ne rem an imminuat. plane intelligit. Quid quod noster ipse *L.* 64. *ad Treb. et L.* 12. *ad L. Falc.*

falsum esset. Constat enim pupillum locupletiorem factum obligari etiam civiliter ex constitutione D. Pii *L. 3. §. pupillus, sup. de neg. gest. L. 9. in pr. sup. com. L. pupillus, sup. de auct. tut.* Nunc autem hoc sentiunt, pupillum qui locupletior factus sit, etiam obligari naturaliter dum fatentur obligari quidem eum civiliter, sed ita, ut velint simul eum et naturaliter obligari: quo responso nihil ineptius. Ut enim nunc a nobis, sic ab illis posita erat quæstio, an pupillus sine tutoris auctoritate contrahendo, non civiliter, sed naturaliter saltem obligaretur. Illi respondet interdum eum et civiliter et naturaliter obligari: aperte contra id ipsum, quod ab illis propositum fuerat. Quod autem dicunt pupillum nec naturaliter obligari, si locupletior factus non sit, perpicue falsum est, peneque, ut dixi, tot locis refellitur, quot ostenditur pupillum sine tutoris auctoritate, promittente, aut mutuum accipientem obligasi naturaliter: in quibus sunt hi præcipue *L. 1. in fin. infr. de novat.* hæc *L. si pupillus, L. cum illud, §. 1. sup. quan. di. leg. ced.* et *L. Stichum, §. aditio, infr. de sol.* Ergo pupillum obligari, naturaliter etsi non sit factus locupletior, satis probat hoc solum, quod statuitur in *L. 1. in fin. infr. de novat.* si is sine tutoris auctoritate promiserit, ipsum naturaliter tantum obligari, non etiam civiliter: obligaretur enim utique et civilites, qui locupletior esse factus, etsi sine tutoris auctoritate promisisset. *d. L. pupillus, supr. de auct. tut.* Quid hoc responsum Scævolæ, in quo versamur an non, id ostendit evidentissime? proponitur enim pupillus promisisse sine tutoris auctoritate, et prælerea is esse adversus quem nulla si petitio: proinde nec directa nec utilis. Ex quo intelligi debet eum proponi, qui non sit factus locupletior: postquam placuit in pupillum non tantum tutori, verum etiam cuivis alii actionem dandam in quantum locupletior factus est: *d. l. pupillus, T. 3. supr. com.* Vult autem Scævola eum pupillum ita promittentem obligari saltem naturaliter, dum pro eo fidejussorem recte intervenire statuit. Manifesta est igitur hujus responsi sententia pupillum sine tutoris auctoritate promittentem etiam tum, cum locupletior factus non est, naturaliter obligari. Nisi forte ferendum est, ut hic divinemus pupillum locupletiorem factum esse et hæc verba Scævolæ, *nulla hic petitio est*, sic accipienda sint; nulla est ante rescriptum D. Pii, ut non nulli hic argutantur. Quod plus quam ridiculum est: Neque enim hæc eadem sunt; nulla nunc petitio est: et, nulla fuit ante resbriptum Divi Pii. De præsenti autem tempore et suo loquitur Scævola, non de præterito. Multoque minus ejus sententiæ congruit verba sic accipi, quasi olim ante superius rescriptum nulla fuerit adversus pupillum actio. Si enim intelligi olim nullam fuisse, etsi nunc sit, ipse se refutat, dum in proposito negat pupillum moram facere ideo, quia nulla mora ibi intelligatur, ubi nulla petitio est. Diceremus enim statim hac ratione pupillum hic moram facere videri quia hoc tempore, de quo nunc agatur, sit actio adversus pupillum. Verum tamen ne anxie laboremus; quod de pupilli obligatione naturali dicimus, diserte traditum est in *L. cum illud. §. 1. supr. quan. di. leg. ced.* Scribit enim Papinianus in hoc legato, *heres meus Titio dato, quod mihi Sejus pupillus debet, si quidem Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, nec locupletior factus esset*, nullum præsens debitum esse; proinde nullius momenti esse legatum, si ad hoc debitum testator verba retulit. Cæterum in eo debito inesse naturalem obligationem. Hanc si cogitavit testator, utile esse legatum, ut tunc debeatur, cum pupillus solverit. Ait nominatim *nec locupletior factus esset*; quam lectionem (6) qui mutandam putant, et pro *nec* legendum *et*, moti eo, quod in Pand. Florentinis particula *nec* inclusa sit semicirculis hoc modo (nec), faciunt admodum imperite, qui ut eum locum ad suam sententiam detorqueant, plus semicirculis nescio quibus, quam manifestæ sententiæ ejus loci tribuunt. Respondet enim statim ex hypothesi Papinianus: in hoc debito pupilli nullum præsens debitum esse, id est, nullum, quod jure ab invito possit exigi.

de locupletiore reddito accipit, quæ tamen LL. aperte naturalem obligationem vocant.

(6) Cuja. ad *L. 127. de V. O.* (*not. a Rob. 1. rec. lect.* 17. contra quem se defendit 17. *Obs.* 4.) *et* Pac. 4. *Q.* 9. Mercer. *in Conciliat. p.* 707. Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 19. Andr. Clud. *de Jure sequestr. C.* 12. *n.* 10. Vult. 1. *discept.* 16. Cujus emendationis vanitas ex ipso contextu liquet. 11. et Goth. *notat. ibid.* Unde aliam responsionem quærit Gœd. *d. C.* 7. *n.* 249. *et seqq.* quasi naturalem obligationem statuat ibi IC. non ex jure, sed opinione testatoris, qui cogitaverit pupillum forte locupletiorem redditum, aut cum suæ ætatis, obligationem natam habiturum. Quæ probatur a Forst. *de pact. C.* 5. *p.* 98. *et seqq.* convellitur ab. Arumæ. *de Mora C.* 6. *n.* 15.

Quod aperte falsum esset, si pupillus proponeretur locupletior factus: cum, ut jam sæpe diximus, in pupillum statim actio sit, quatenus locupletior factus est. Idem expressit Papinianus in *L. Stichum*, §. *aditio*, *infra de sol.* ait. enim, si creditor pupillo cui sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres exstiterit, non consecuturum uum quanto locupletior pupillus factus est; sed in solidum creditum suum retinere; atque ita aditionem pro solutione cedere. Non est creditum, nisi ubi est debitum; nec solutio intelligitur, nisi ejus quod debetur. Debet igitur pupillus pecuniam mutuam, quam sine tutoris auctoritate accepit, et debet in solidum etiam ultra quam locupletior factus est. Non potest debere civiliter; restat, ut debeat tantum naturaliter. Stet igitur hæc sententia, pupillum qui sine tutoris auctoritate vel promisit quid, vel mutuum accepit, nec locupletior factus est, civiliter quidem nunquam obligari; at dum is sit, cujus aliquis sit intellectus eoque et consensus, idest, dum sit proximus pubertati, placere hunc naturaliter obligari propter consensum. Idque tum dici a veteribus animadvertendum est, non solum cum locupletior factus non est pupillus, neque tamen eo nomine quidquam ei abest; sed etiam cum id quod debebat, sponte solvit, ut declaratur *d. L. cum illud*, §. 1. *supr. quan. di. leg. ced.* Quid ergo jam dicimus de eo, quod superioribus illis duobus locis tam aperte definitur, pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem nec naturaliter obligari? Ajo et hoc vere dici in eodem pupillo, idest, etiam in eo, qui pubertati proximus sit, idque eodem tempore, iisdemque conditionibus, idest, tunc, cum locupletior factus non est, et sive quid ei jam absit ex ea causa, sive non absit. Neque tamen hæc inter se contraria sunt. Dicuntur enim recte eodem tempore et in eadem causa, sed diversis rationibus. Obligatur pupillus naturaliter, si res spectetur: in re enim obligatio est ex ejus consensu, qua secundum naturam rei gestæ non minus tenetur ipse, quam ejus accessiones. Dicitur idem non obligari nec naturaliter habita personæ ejus ratione: quia obligatio in persona ejus est sine effectu, non propter conditionem obligationis, quæ alioqui vere subest; sed propter personam pupilli, cui hoc tribuitur, ne obligatio ei ullo modo noceat. Alio in re esse obligationem ex ejusmodi consensu, neque id sine effectu, ne quis forte ideo obligationem esse neget, quia effectu careat; et merito neget, cum res ex effectu suo æstimentur, et dici soleat verba cum effectu accipienda esse. *L. 1. supr. quod quis jur.* Si enim a persona pupilli discesseris, omnibus aliis ea obligatio tam prodest re ipsa, aut nocent, quam si alius quivis fuisset jure obligatus. Prodest ea obligatio debitori, quem creditor liberare voluit novatione, dum hic quod sibi ab alio debetur, stipulatur a pupillo novandi animo. Liberatur enim debitor hac stipulatione non minus, quam si creditor ab alio quovis stipulatus esset; non alia de caussa, quam quod ex ea stipulatione nata est obligatio vere naturalis, in quam prior transfusa novationem peperit, ac sine eo nulla facta esset novatio. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* *L. 1. infr. de novat.* Nocet eadem obligatio fidejussoribus, et cæteris, qui accessionum locum obtinent; qui pro pupillo ita obligato intercedentes non minus ex ea caussa tenentur, quam si pro civili obligatione intercessissent. *L. ult. supr. de jur. et hac L. si pupillus.* Quod fieri non potuit, nisi et hic prius in persona pupilli obligatio constitisset vere naturalis. *L. fidejussor*, §. *fidejussor, infr. de fid.* Sed eadem pupillo ipsi non quam nocet, non enim solum pecunia ab eo invito peti non potest; sed etiam si solverit, datur ei ultro soluti repetitio, *d. L. quod pupillus*, *supr. de cond. ind.* in qua tamen deneganda effectus naturalis obligationis potissimum cernitur. *d. L. fidejussor*, §. *fidejussor*, *de fid.* *L. naturales*, *supr. prox. tit.* At quamobrem datur ei soluti repetitio ex hac causa? videamus. Non utique quia non obligetur ipse re vera, sed quia non subsit vere obligatio, quæ in ejus persona constiterit: alioqui quomodo prodesset aut noceret aliis, quæ in ejus persona initium non habuisset? Sed cum ipse obligetur, et in re, ut dixi, obligatio sit, ideo non tenetur, quia personæ ejus hoc tribuitur, ut possit repetere, quod solvit. personæ, inquam, non rei aut caussæ. Et ideo cum in hac causa datur pupillo repetitio, dicitur persona locum facere repetitioni, *L. interdum*, *supr. de cond. ind.* Ut sit sensus, hanc ideo tribui, non quia non fuerit debitum, quod pupillus accepit, aut promisit; sed quia personæ beneficium sit, quod ei conceditur. Non esset beneficium personæ, si in re obligatio nulla esset. Hæc res facit, ut quod ejus personæ præstatur, hoc nequaquam ad alios pertinere debeat, ut fidejussores, et cæteras accessiones. *L. cum patronus*, *supr. de leg. 2.* *L. quia tale*, *supr. sol. matr.* Ut in summa recte dici possit, pupillum quod ipsi et aliis utile sit, sine exceptione ex contractu etiam sine tutoris auctoritate naturaliter ob

ligari : quod autem noceat, ipsum obligari aliis, non sibi, dum ea obligatio accessiones non minus tenet, quam si civili obligationi accessissent : ipsi autem non nocent, ut qui etiam ex ea causa solutum possit repetere. Sed in hac ipsa repetitione duo loci rem impediunt. *L. si pupillus, supr. ad leg Falc.* *et L. si ejus, supr. ad Trebell.* in quibus etsi summa quæstio de alia re instituta est, quam an obligetur pupillus : tamen ad quæstionem propositam utrobique pro certo sumitur pupillum cui sine tutoris auctoritate pecunia mutuo data sit, non solum ex ea caussa obligari naturaliter, sed etiam ea obligatione ita teneri, ut si solverit, non repetat. Quibus verbis confirmatur ex hac caussa vere pupillum obligari naturaliter ita, ut non solum re sit obligatio, sed in pupilli persona : quod supra negavimus. In quo jam aperte statui videtur sententia plane contraria *d. L. quod pupillus, supr. de cond. ind. et d. L. pupillus, supr. de obl. et act.* Et intelligendum est in persona pupilli, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, naturalem obligationem duobus modis dici. Uno modo eam, quæ vere et omni ex parte sit obligatio, idest, quæ sit non tantum in re quæ gesta est, sed etiam in persona pupilli, ut quæ etiam ipsum teneat. Altero modo eam, quæ in re quidem obligatio sit, sed in persona pupilli non sit, quia beneficio personæ hoc consequatur pupillus, ne teneatur ea obligatione. Prior est, cum pupillus pecunia accepta locupletior factus est. Nam et tunc etsi tenetur pupillus civili actione, dicitur tamen absolute obligari naturaliter *d. L. pupillus, supr. de auct. tut.* ut sit, secundum naturæ æquitatem : quoniam natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *L. naturaliter, §. ult. et L. nam hoc seq. supr. de cond.* Posterior est, cum pupillus non est factus locupletior. Quam ita oriri ex contractu pupilli ostendi, ut ad alios quoque pertineat non solum, ut prosit, sed etiam ut noceat. Verumtamen hactenus, ne noceat pupillo : qua ratione dum persona pupilli spectatur vere dixeris pupillum nec natura teneri. De posteriore obligatione nunc agimus : de qua verissima est ea sententia quam paulo ante statui. De priore superiore loci duo accipiendi sunt, idest : ea qua dicitur pupillus vere obligari naturaliter ob id, quod locupletior factus est. Neque dubitabimus id ita esse affirmare, quamvis de eo nihil aperte exprimatur. Satis enim intelligitur non dicam ex effectis (quanquam hæc ipsa id facile arguunt : quod enim ei obligationi naturali, de qua illic agitur, id tribuitur, ut impediat in pupillo soluti repetitionem, satis declarat eam obligationem notari, qua teneatur ob id, quod factus sit locupletior : nam alioqui a pupillo solutum condici posse constat *d. L. naturaliter. §. ult. supr. de cond. ind.*) sed intelligitur præcipue neque id obscure ex verbo creditoris, quo verbo nominatur utroque in loco is, qui pecuniam pupillo sine tutoris auctoritate mutuam dedit. Creditor is accipitur tantum, cui ex aliqua actione debetur. *L. creditor, L. creditores, infr. de verb. signific.* In hoc numero non est is, qui pecuniam pupillo sine tutore credidit, nisi pupillus ex ea pecunia factus sit locupletior : hac enim conditione solum actio in pupillum datur. *d. L. pupillus, de auct. tut.* Quare appellatione creditoris satis, dixi superioribus in locis hæc ipsa conditio exprimi intelligitur. Sed si in illis locis pupillum locupletiorem factum accipimus, cur in his tractant Jurisconsulti, an pupillus solutum condicere possit, necne; cum constaret ex rescripto D. Pii etiam ultro adversus eum actionem dari; cui autem creditori actionem damus, stultum esset dubitare, an ei in eadem caussa detur exceptio? *L. invitus, §. 1. infr. de regul. jur.* Siquidem illis in locis quæreretur, an pupillus locupletior factus solutum posset repetere, quia pupillus est tantum; stulta esset dubitatio, nec satis digna Jurisconsulto. Sed ne frustra id tractari utroque in loco existimemus in eo pupillo, qui locupletior est : accideret extrinsecus in specie utriusque loci, quod in vera etiam hominis idonei obligatione posset de eo dubitationem afferre. Nam in *L. si pupillus ad leg. Falc.* pupillus solverat vere debitum, utpote creditori : sed solverat conditionis implendæ caussa erat enim ei legatum relictum a creditore sub conditione, si decem quæ ei mutuo data erant sine tutoris auctoritate, heredi reddidisset. Hæc reddidit ut pareret conditioni, eaque impleta consequeretur legatum. Quod conditionis implendæ caussa datur, placet in Falcidiam non imputari. *L. id autem, supr. ad leg. Falc.* Dubitatur igitur, cum hic etiam solverit debitum an pro debito soluto accipiendum sit, ut sic imputetur in Falcidiam; an potius pro eo quod implendæ conditionis caussa datum sit, ut ne imputetur. Pro debito soluto respondet Paulus : adeoque pro debito soluto, ut quamvis pupillus legatum repudiaverit, aut Stichus legatus decesserit, atque ita nihil ex eo legato consequatur pupillus : tamen is solutum repetere non posset. Quod utique in eo, quod per caussam conditionis

implendæ solutum est etiam si ante vere et certo debitum esset, justam tamen dubitationem habuit. Sic in *L. si ejus ad Trebell.* cum quæritur, si pupillus pecuniam, quam mutuam acceperat sine tutoris auctoritate, solverit ei, cui restituta est creditoris hereditas, an possit ab eo repetere: satis declaratur fuisse eam obligationem pupilli, ex qua creditori suo teneretur. Sed ideo dubitatur, an possit in hac caussa repetere, quo solvit, quia videatur alii solvisse, quam creditori, dum ei solvit, cui restituta est hereditas creditoris. Quod negat Marcellus, hac ratione, quia ab herede creditora in fideicommissarium post restitutionem naturalis obligatio translata intelligatur. Hoc vero non minus in alio quovis debitore, qui vere et civiliter deberet, potuit dubitari.

Ad L. *Si duo.* 128.

Paulus *lib.* I. Quæstionum.

Si duo rei stipulandi ita extitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur: ei qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur: quia non alterius nomine ei solvitur, sed suæ obligationis, quæ nulla est. Eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat: etiam si desierit ejus esse, non recte solvitur: quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

SUMMARIA.

1. *Ex reis duobus stipulandi, quando alteri solvendo promissor ab altero liberetur.*
2. *Ex reis duobus stipulandi ei, qui inutiliter stipulatus est, frustra solvitur, ut promissori liberatio contingat.*
3. *Ex reis duobus stipulandi is, qui inutiliter stipulatus est, pro adjecto solutionis gratia non habetur.*

1 Cum duobus reis stipulandi quid promissum est, potest promissor utri ex his volet, quod promissum est, solvere, eique solvendo etiam ab altero liberatur. §. *hujusce modi, Instit. de duob. reis L.* 3. *infra, eod.* Hoc ita est, si duo rei utiliter stipulati sint;
2 † Sin ita extiterunt, ut alter stipularetur inutiliter, puta aut sub conditione impossibili, aut rem suam; huic quandoque frustra solvetur, ut promissori liberatio contingat. Quippe hujus stipulatio cum sit inutilis, pariter et ad obligationem inutilis est, et ad solutionem: solutio enim nisi in rem ex obligatione præcedente debitam cadere non potest. Verum id efficit Paulus alia ratione: *quia*, inquit, *ei, qui inutiliter stipulatus promissorem obligatum non habet, alterius rei stipulandi nomine non solvitur, sed suæ obligationis.* Et quid, si solveretur ei alterius nomine? Paulus pro certo habet id promissorem facere non posse, et recte: cum hanc potestatem illius nomine solvendi ab illo non acceperit. Is enim stipulatus est tantum sibi, non sibi aut alteri reo stipulandi. Ita restat, ut ei, qui inutiliter stipulatus est, solvatur tantum suæ obligationis nomine. At hoc frustra; quia hæc obligatio, inquit, Paulus, *nulla est*. Est igitur hoc dilemma Pauli; si ex duobus stipulandi reis ei, qui inutiliter stipulatus est, solvi potest: necesse est ei solvi aut alienæ obligationis nomine, aut suæ. Alienæ nomine non potest, cum contra jus sit promissorem alii solvendo, quam creditori liberari invito creditore. Suæ non potest per rerum naturam cum ea obligatio nulla sit. Proinde nullo modo ei solvi potest. Sed cum uno verbo dici posset solutionem non esse, nisi præcedentis obligationis nomine, eoque non posse solvi, ei cui ex inutili stipulatione nihil debetur; quid attinebat hanc rationem adjicere, ut diceret non solvi alterius nomine. Non dubium est, quin ratio hæc addita sit non tam rei recta confirmandæ, quam tacitæ objectionis removendæ caussa. Nam

cum quis stipulatur sibi aut Titio, in persona Titii nulla contrahitur obligatio, eique omnino nihil acquiritur ex ea stipulatione: et tamen ei recte solvitur. §. *plane, Instit. de inutilib. stipul.* Unde existimari possit hic quoque in hujus rei stipulandi persona, qui inutiliter stipulatus est, idem probandum esse.
3 † Paulus objectionem removens innuit longe dissimile id esse: quoniam in superiore exemplo Titius adjiciatur a stipulatore ipso, ut sit potestas ei solvendi voluntate creditoris. Nihil hic tale, ubi uterque reus stipulandi stipulatur solum sibi dari, non sibi aut alteri stipulandi reo. In summa, in cujus persona stipulatio ad acquirendam obligationem est inutilis, quemadmodum huic ex ea stipulatione nihil deberi potest; sic nec ei solvi, quod in stipulationem deductum est, quo promissor ab alio, qui idem, quamvis simul, utiliter stipulatus fuerat, liberetur: quia non hoc actum fuerit. Idque vel ex eo apparet, quod ut sibi obligationem acquireret, non autem ut sibi alterius obligationis nomine solvi posset, stipulatus est. Utitur autem Paulus hujus sententiæ argumento, vel potius superiore ratione ad id probandum, quod sequitur. Stipulatus quis est Stichum aut Pamphilum, cum Pamphilus esset stipulatoris: itaque in Pamphilo stipulatio non constitit. *L. scire, §. ult. L. nemo rem, supr. eod.* Quæritur, si is postea desierit esse stipulatoris, an possit a promissore solvi pro ea electione, quæ ex disjunctiva obligatione creditori tribuitur. Movet, quod Stichum aut Pamphilum ita stipulatus est, ut in hac disjunctione liceret dare alterutrum. Proinde licebit ex conventione etiam dare Pamphilum. Nec ea re impediemur, quod Pamphilus non debetur: nihil enim vetat, quominus in solutione sit, qui tamen non debeatur: cum possit ex conventione ut alii solvi, sic solvi aliud pro alio. Paulus ait ideo solvi hic Pamphilum non posse, quia non ad hoc positus sit, ut solvatur tantum, sed ut in obligationem deducatur; significans ideo non posse solvi, quia non hoc fuerit actum, ut posset: ejusque rei argumentum esse, quia positus fuerit ad obligationem: cui proposito contrarium est, ut possit tantum solvi, cum non debeatur.

Ad L. *Si quis ita.* 129.

Vide *L.* 63.

Ad L. *Quod dicitur.* 130.

Exposui ad *L. stipulatio ista.* 39. §. *alteri supr.*

Ad L. *Julianus.* 131.

Scævola *lib. XIII.* Quæstionum.

Julianus scripsit, si neque per te, neque per heredem tuum Titium fieret quo minus mihi ire liceat, stipuler: non solum Titium teneri si prohibeat, sed etiam coheredes ejus.

SUMMARIUM.

1. *Ex stipulatione hac, neque per te, neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat, prohibente Titio, an cæteri cohæredes teneantur.*

1 Stipulatus quis est per promissorem non fieri, neque per Titium heredem ejus, quominus sibi ire agere liceat: prohibet Titius heres. An teneantur eo facto et cæteri coheredes, non solus Titius, quæritur. Tenerentur citra ullam dubitationem, si promissor aut de heredibus nihil expressisset, aut cavisset de omnibus. *L.* 2. §. *item si in facto, L.* 4. §. *Cato, supr. eod.* Nunc cum de Titii solum facto caverit promissor, videri potest, id actum, ut is solus, non etiam cæteri coheredes teneantur. Et placuit nihilominus hic

quoque teneri cæteros. Merito: primum quia Titii persona frustra adjicitur; ut solus teneatur ex stipulatione hereditaria in solidum, qui solus non est heres, cum non minus et cæteri in eam obligationem succedant. *L. eum, qui ita*, §. 1. *supr. eod.* Deinde quia non adjicitur obligationis caussa, sed conditionis. Promittit enim reus solidum id quod interest, quæ obligatio ad omnes heredes pertinet: sed sub conditione, non si alii quoque heredes, sed si solus Titius prohiboerit. Qua conditione id efficitur, ut Titio prohibente tanquam conditione impleta stipulatio committator in solidum: aliis autem heredibus prohibentibus non committatur; sive quod conditio stipulationis hoc modo non exstiterit: sive quod cum de aliis heredibos nihil cautum sit, vere dictur simos his prohibentibus nihil factum esse contra, quam cautum est. Ita ad obligationem persona Titii frustra adjiceretur, in hac specie: ad conditionem cujus caussa comprehensa est, adjicitur non frustra.

Ad §. *Qui fundum.*

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur: quamvis fundus Titio traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur, nam interest ejus quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio. Sed si donationis caussa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari.

SUMMARIA.

1. *Venditor qvatenus emptori teneatur.*
2. *Dari fundum promittens, ad quid obligetur, quidque hac dondi stipulatione contineatur.*
3. *Dari fundum sibi aut Titio stipulotus, si fundus traditus sit non ipsi, sed Titio, an nihilominus petere fundum possit, ut sibi de evictione promittatur.*
4. *Donator, si nihil dolo malo ejus fiat, non obligatur de evictione donatario.*

1 QUi vendidit, evictionis nomine obligatur emptori *L. ex empto, in pr. supr. de act. empt.* Sed et re nondum evicta tenetur, ut rem habere licere emptori caveat, idest, ut promittat de evictione. *ead. L. ex empto*, §. *venditorem.* † Multo magis utriusque rei no-
2 mine obligatur, qui promisit rem, puta fundum dari. Hac enim stipulatione continetur, ut promissor fundum faciat accipientis. *L. ubi.* §. *ult. supr. eod.* §. *sic itaque, Inst. de act.* Non fit autem accipientis, qui tanquam alienus postea evincitur. Quo fit, ut evicto eo agi possit tanquam de eo, qoi datus non fuerit. *L. eum quis*, §. *qui hominem*, *L. quis alium, infr. de sol.* Qua ratione etiam si fundus promissus sit ex donationis caossa, nihilominus evicto eo fundo adhuc peti potest. Quæcunque enim caussa præcedet, semper verum erit fundum datum non esse, quem ex eventu alienom esse apparuit. Neque huic sententiæ contrariom est, quod qui rem donavit nulla præcedente daodi obligatione, re evicta evictionis nomine non tenetur, si rem alienam esse ignoravit. *L. Aristo.* §. *ult. supr. de don.* Ut enim ante non foit obligatus, ut daret: sic cum donat, non ideo eo facto quidquam cum donatario contrahit; cum neqoe illi promittat quidquam, neque ab illo accipiat quid ea lege, ut vicissim qnid illi præstet aut faciat. Sed etsi traditus sit promissus fundus, et necdum evictus: tamen quia fieri potest, ut sit alienus, ac postea evincatur. stipulatione dandi hoc quoque putatur contineri, ut stipulatori de evictione promittatur: quo nomine et adversus promissorem agi potest, ut hic traditur, et *L. etiom, infr. de solut.* Placet autem de eo ita agi posse. non ut petatur recta hæc caotio, aut agatur eo nomine in id, quod interest, ut fit ex caussa emptionis, com ut venditor de evictione caveat, ex empto agitur. *d. L. ex empto*, §. *venditorem.* (non enim ex stipolatione peti potest id, de qno præstando stipulationis verbis non aperte cautom fuerit *L. si filiusfamil.* §. *ult L. quidquid, supr. eod.*) sed ut petatur fundus ipse, qui promissus est, qoasi nec datus. *d. L. etiam. de sol. et hic.* Etsi enim fieri potest, ut fundus factus sit accipientis, utpote a domino traditus: tamen quia incertum id est, et fieri potest, ut sit alienus, idcirco sic res accipitur, quasi nec datus esset, prine-

quam stipulatori eo nomine cautum sit: quod ita fit, si ei de evictione promittatur. Notandum est autem in eam rem fundum totum peti, non pro parte; quoniam et in totum fundus non datus intelligitur, nisi qui ita datus est, ut ob præcedentem aliquam caussam evinci non possit. quin eo nomine cautum sit stipulatori. Et hoc est, quod dicitur in *d. L.* etiam: *quandiu aliquid juri rei deest, adhuc tamen ipsam rem petendam esse: ut puta si jus quoddam cautionis supererit.* Ubi *jus rei* accipere debemus, jus rei habendæ, seu quo fit, ut quis toto incipiat rem habere: quod consequitur cautione de evictione. Id autem jus, atque hæc cautio ad rem totam, non ad partem ejus habendam pertinet. Alioqui certi juris est, eum ex eo quod promissum est, pars est soluta, in id solum, quod deest, superesse actionem, promissore pro ea parte, quæ soluta est, liberato. *L. stipulatus.* 9. *§. 1. infr. de sol. L. eum, qui ita, §. si a te, supr. eod.* Hoc jus pro confesso sumit Scævola. sive quis fundum sibi tantum stipulatus sit, sive stipulatus sit sibi, aut Titio, et fundus stipulatori sit traditus.

3 † Hinc tractat, an idem probandum sit, si eum quis fundum sibi aut Titio dari stipulatus esset, fundus traditus sit non ipsi. sed Titio. Ille ait etiam hoc casu stipulatorem *nihilominus petere fundum posse. ut sibi de evictione promittatur; si modo non donationis caussa Titium interposuerit.* Quod ait stipulatorem posse adhuc fundum petere, ut sibi de evictione promittatur, etiam si ex alia quavis caussa, quam donationis Titium interposuerit; non usque quaque expeditum est. Non enim satis est, quod subjicit, stipulatoris interesse ipsi de evictione promitti, ut eo nomine possit ex stipulatu agere. Opus est, ut et id ex stipulatione debeatur: quod ita fit, si etiam de eo præstando comprehensum sit verbis stipulationis: sine quo ex stipulatione nihil potest deberi. *L. quidquid. supr. eod. L. quia tantundem, supr. de neg. gest.* Atqui in proposito nulla ejusmodi cautio de evictione deberi videtur stipulatori ex stipulatione. idcirco quia nec stipulatione sit promissa. Tenendum est enim ex hac stipulatione *mihi aut Titio dari*, dum Titio solvatur, mihi non promitti, omninoque promissorem ut præstantem, quod debuerit, liberari. Videamus autem, quid his verbis, *fundum Titio dari* contineatur. Et continentur hæc duo: ut ei fundum promissor tradat dominii transferendi caussa, et præterea ut propter incertitudinem translationis caveat ei de evictione. Quod nisi contineretur superioribus verbis, ut hoc idem caveretur Titio; ne stipulator quidem ipse, qui stipulatus est sibi dari, posset eo nomine ex stipulatione agere. Quapropter si postquam promissor fundum Titio tradidit, paratus est eidem de evictione cavere; eadem opera et stipulationi satisfecit, fundum nimirum Titio dando, et hoc modo a stipulatore in totum liberatus sit, necesse est. Et putem omnino, si promissor paratus sit re Titio tradita eidem cavere de evictione, stipulatorem, ut sibi eadem evictio promittatur, fundum petere non posse; quia verum sit, quod dixi, promissorem hoc modo dedisse fundum Titio, id quod promiserat, atque ita stipulationi satisfecisse. Itaque quod hic dicitur stipulatorem nihilominus posse fundum petere, ut sibi de evictione promittatur, sic accipiendum est, si nihil amplius, quam fundus Titio traditus sit, ut est in conditione hujus loci. *Quamvis*, inquit Scævola, *fundus Titio traditus sit, nihilominus fundum petere potest*, et quæ sequuntur. Et jure tunc fundum potest stipulator petere, non aliter, quia tum deest illa cautio evictionis, quæ alterutri præstari debet ex stipulatione, aut stipulatori, aut Titio: quæ cautio quia non præstatur Titio, relinquitur, ut sit præstanda stipulatori. Hanc vero ille consequetur fundum petendo, non aliter, quam fundum peteret et ad traditionem, et ad cautionem de evictione exigendam. ubi plane nihil traditum esset Titio. Sed tamen et hoc ipsum hoc casu ita probat Scævola, si modo intersit stipulantis ipsi de evictione promitti. Et recte. Etsi enim quis stipulando fundum sibi aut Titio dari, verbo dandi in utrjusque persona semper stipulari intelligitur fundum tradi, et simul de ejus evictione promitti, ut nisi posterius caveatur Titio, id ex verbis stipulationis præstari debeat stipulatori, sive ejus intersit sive non intersit: tamen ad vim stipulationis et actionem acquirendam jure non est satis quid stipulatum esse verbis, nisi et stipulantis intersit id præstari: cum inventæ sint stipulationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista, §. alteri. supr.* Hinc distinctio Scævolæ hoc loco, ut fundo Titio tradito, si quidem stipulator ex alia quavis caussa Titium interposuit, quam donationis, fundum nihilominus possit petere, et hoc modo consequi, ut sibi de evictione promittatur: sin interposuit donationis caussa, non possit. Quippe id promitti illic stipulantis interest, ut qui tum fundum Titio traditum ab eo recepturus sit, ac proinde habiturus, quod sibi possit evinci: hic nihil interest, ut qui non sit recepturus. Neque porro metuendum est, ut ei evincatur is fundus, quem non habeat. Titio, cui tra-

ditus est, evinci potest. Sed hoc non fieri stipulatoris nihil interest. Quod non alia ratione intelligendum est fieri, quam quod propter eam evictionem nihil decedat stipulatori. † Qua ratione satis confirmatur illud, quod supra dixi, eum, qui donavit, quod sine dolo malo ejus fiat, non obligari de evictione donatario: quod et verum est, ut satis ostendi. Neque aliud probandum esse existimo, etsi quis remunerationis caussa fundum donatum voluerit Titio. Quamvis enim qui beneficium prius acceperat, naturaliter dicatur obligatus esse ad remunerandum: *L. sed etsi lege*, §. *consuluit*, *supr. de pet. her.* non tamen ita obligatur, ut teneatur eo nomine, sive non sit remuneratos, sive id, quod remunerationis caussa dederat, evictum fuerit: itaque id evinci ei nihil nocet. Ad actionem autem aut exceptionem alicui acquirendam non sufficit quoquo modo ejus interesse: sed id tale esse oportet, ut intersit pecuniariter. *L. fidejussoria, supr. de past.*

Ad L. *Quidam*. 132.

Paulus *lib.* *XV*. Quæstionum.

Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniæ quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset, quæro, si postmodum domo eum propulerit, vel moriens nihil ei testamento reliquerit: an stipulatio committetur; et quid intersit, utrum filius, an alumnus, vel cognatus agentis fuerit. Præterea quæro, si filium suum quis legitime in adoptionem dederit; et ita ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit, eumque pater adoptivus exheredaverit, vel emancipaverit: an stipulatio committatur. Respondi: Stipulatio utilis est in utroque casu. Igitur si contra conventionem factum sit: committetur stipulatio. Sed videamus primum in eo qui legitime adoptavit: an possit committi si eum exheredaverit, vel emancipaverit. Hæc enim pater circa filium solet facere. Igitur non aliter eum quam ut filium observavit. Ergo exheredatus de inofficioso agat. Quid ergo dicemus si et meruit exheredari? Emancipatus plane et hoc remedio carebit. Quare sic debuit interponi stipulatio, ut si eum emancipasset vel exheredasset, certum quid promitteret: quo tamen casu commissa stipulatione, potest quæri an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso: maxime si patri naturali heres extitisset: an victo deneganda est ex stipulatu actio. Sed si ei qui stipulatus est, non debuit denegari: victo filio, nec ipsi deneganda erit debitæ pecuniæ executio. In eo autem qui non adoptavit, quem intellectum habeat hæc conceptio, si eum aliter quam ut filium observasset, non prospicio, an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed si is qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio jure: in eo qui hæc non fecit, dicit supervacuo; dici tamen poterit commissam esse stipulationem.

SUMMARIA.

1. *Species facti, et quæstiones inde emergentes.*
2. *Responsum Pauli ad singulas quæstiones.*
3. *Stipulatio, qua cavetur, ut is, qui suscipitur pro filio, instituatur heres a promissore, ut filius, an valeat.*
4. *Stipulatio, qua filium alienum suscipiens promittit certam pecuniam, si eum aliter quam ut filium observaverit, quibus factis committatur.*
5. *Stipulatione superiore ob exheredationem filii adoptivi commissa, an inofficiosi querela exheredato permittatur.*
6. *Filio victo in querela inofficiosi, an deneganda in proposito sit ex stipulatu actio.*
7. *Stipulatio proposita, an et quomodo ob extraneo, qui non adoptavit filium, committatur*, et n. 9.
8. *Lectio, et sententia* vers. sed si is qui.
10. *Summa hujus responsi.*

1 Quidam eum filium alienum pro suo susciperet, tradenti promiserat certam pecuniæ quantitatem, si eum aliter, quam ut filium observasset. Is susceptum deinde domo expulerat, aut moriens nihil ei testamento reliquerat, aut utrumque fecerat. Stipulator pœnam petebat stipulatione eum comprehensam, quod diceret in horum utroque eum, qui traditus esset, non esse observatum ut filium, atque ita conditionem stipulationis extitisse. Esse enim officium patris filium apud se domi habere, eumque alere. *L. si quis a liberis, supr. de ag. et al. lib.* in primis autem ei honorem habere testamento suo, eumque adeo testamento heredem instituere, nisi exheredetur. *L. inter, supr. de lib. et post. L. 1. 2. et 3. supr. de inoff. test.* Promissoris heredes, cum quibus agebatur, negabant ex stipulatione secum agi posse tribus de caussis quæ totidem quæstiones hic pepererunt. Una caussa est, quod hæc libertas aliquem pellendi domo, aut cum a bonis arcendi, qui quidem vere et natura filius non esset, nulli adimi possit pactione. Altera, quod si pactione aliquando id posset effici; tamen in proposito is, qui datus erat, non esset filius agentis, sed extraneus; alumnus puta vel cognatus, et stipulator pro eo affectu, quo eum complectabatur, ita ejus nomine cavisset: non deberet autem, quid cum eo ageretur, esse sollicitus, cum ejus nihil interesset. Tertia, quod etsi esset agentis filius is, qui traditus est: tamen in hac caussa ita evenerat, ut legitime esse adoptus, ac promissor prius quam eum pelleret domo, eum emancipasset: dumque ei nihil relinquit testamento, cavisset, ut eum exheredaret. Quorum utrumque cum sit patris, non possit videri eum, in quo ea exercuit, aliter observasse, quam ut filium juxta conventionem. Hinc totidem, ut dixi, a consultore quæsita, quæ hic initio proponuntur. Primum an non videatur hæc stipulatio committi posse ob id, quod qui traditus erat, pulsus sit domo, aut testamento neglectus. Secundum, si potest ob hæc facta committi: an putemus tunc solum posse, cum is qui traditus est, fuit filius stipulantis; an vero nihil intersit, ejus filius sit, an extraneus. Tertium, si erit filius, an nihil referat, utrum pulsus sit domo citra emancipationem, ex clusus bonis citra exheredationem; an vero et illæ emancipatio, et hic exheredatio intervenerit. ┼ Paulus eodem ordine respondet de singulis. Nam quod ad primum attinet, cum quæritur, an stipulatio ab ea facta, quæ proponuntur, committi possit; non tam hoc quæritur, an aliquid factum sit contra verba stipulationis, quam an stipulatio valeat. Quoniam si valet, non potest quin ob ea facta committatur, quæ palam est esse aliquandu contra officium patris Ideo non inepte Paulus statim ab initio respondet stipulationem esse utilem; ut in telligatur esse eam, quæ possit ob facta supra scripta committi, de quo quærebatur. Sed quæritur amplius: an semper committatur, an aliquando tantum, et quando id accidat: in quo versantur reliquæ duæ quæstiones. Ait autem stipulationem utilem esse utroque casu: utrumque casum intelligens sive filius alienus susceptus sit a promissore sine adoptione; sive ei legitime in adoptionem datus. Nam hunc casum posteriorem ipse in postrema quæstione proxime præcedente posuerat. Unde intelligi potuit eum in præcedentibus quæstionibus de eo filio, qui adoptatus non esset, sensisse. Ut sit sensus, quocunque modo quis alieni traditus sit, ut pro filio susciperetur, sive a suscipiente legitime sit adoptatus, sive non sit, utilem esse stipulationem pœnæ, quæ de eo ita habendo sive cum patre, sive cum extraneo interposita fuerit. Non temere est, quod aperte de 2

3 vi stipulationis prius respondit. † Potuit enim in proposito dubitari, an utiliter cavetur, ut is, qui suscipitur pro filio, instituatur heres a promissore, ut filius: quod superioribus verbis stipulationis efficitur. Est enim, ut dixi, hoc inter cætera officium patris, ut filium heredem instituat, nisi nominatim exheredet. Porro hujusmodi stipulatio inutilis est, me heredem facies? si me heredem non feceris, tantum dabis? *L. stipulatio hoc modo, supr. eod.* multoque magis, si de alio herede instituendo hoc idem caveatur. Et scio diei posse, eum, qui promittat se aliquem pro filio habiturum, vi ipsa etiam de eo instituendo promittere; verum hoc non exprimi verbis: expressa nocere; non expressa non nocere. *L. si quis Sempronium, supr. de her. inst. L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* Sed hæc defensio hoc loco est inutilis Nam etsi caveretur aperte ut promissor eum quem pro filio suscipit, ita non posset inhonoratum præterire, ut nec exheredare liceret; tamen rata esset conventio, ut significatur paulo post in *vers. quare sit debuit.* Quid ergo est? nempe hoc de eo, qui pro filio non sit, cavetur inutiliter, ut heres instituatur a promissore: nequaquam autem inutiliter in eo, quem promissor pro filio suscipiat. Hoc enim suscipere aliquem pro filio, et promittere se bonc pro tali habiturum, neque incivile neque inhonestum est. Atque hoc posito sequitur illud alterum, ut qui pro tali susceptus est, is heres institui debeat, aliuqui pœna committatur. Non inepte etiam dicetur potuisse dubitari in proposito, an stipulatio esset inutilis in eo, quod non stipulantis, sed alterius nomine caveretur, et præsertim si is, cujus gratia cavetur, sit plane extraneus; cum ita jus sit, alteri stipulari neminem posse: quia id fieri stipulantis nihil intersit. *L. stipulatio ista, §. alteri, sup. eod.* Sed ibidem adjectum est, pœnam eo nomine recte non stipulari: quia in pœna non inspiciatur, quid intersit: sed quæ sit quantitas, quæque con-

4 ditio stipulationis. † Hoc constituto stipulationi propositæ nihil obstare, quominus valeat; sequitur, ut quærendum sit, an, et quando superioribus factis committatur. Quod Paulus deinceps facit, et ut in eo quod consequens esse significat, ita orditur: igitur si contra stipulationem factum sit, committetur stipulatio. Quod non ita principio definit, quasi de eo quæreretur, quid sit stipulationem committi, aut quasi consultori id esset obscurum: ne quis hic forte ut alienum aut ineptum responsum reprehendat: sed ut hinc viam sibi muniat ad id explicandum, de quo quæritur. Hue enim pertinet, ut ostendat, cum quæritur in hac specie, utrum stipulatio committatur, quæstionem in eo esse, an quid factum sit contra conventionem: proinde id solum videndum esse, an iis factis, quæ proponuntur, aliquid contra eam factum sit. Ut si factum est, consequens sit commissam esse stipulationem; si non est factum, non esse commissam. Ad quod probandum valet hæc ratio, quia sic committatur stipulatio, si contra conventionem factum sit. Quæ definitio quo est certior, eo magis a Paulo usurpari debuit, ut ex ea id, quod definitioni propositæ convenit, certius efficeret. Ostensurum autem, quibus rebus ex iis de quibus quæsitum est, contra conventionem fiat, ut sic intelligamus stipulationem committi, docet de eo statuendum esse pro conditione ejus, qui pro filio susceptus est. Interesse enim, utrum legitime adoptatus sit a promissore, an susceptus tantum pro filio sine adoptione: ac prius tractat de adoptato. *Sed videamus*, inquit, *primum in eo, qui legitime adoptavit, an possit committi, si eum exheredaverit, vel emancipaverit.* Et significat stipulationem adversus eum, qui hæc fecerit, non committi, quamvis aut emancipatum expulerit domo, aut exheredato nihil reliquerit, de quo præcipue quærebatur. Ad hoc enim confirmandum pertinet ratio, quæ sequitur: *hæc enim*, inquit *circa filium pater faceret.* Unde et illud fieri ait, ut non aliter eum, qui adoptatus est, quam ut filium observarit. Qua ex re etiam vult intelligi nihil in bis factum esse contra conventionem: ac proinde stipulationem secundum supra scriptam definitionem non committi. Nihil ne ergo relinquatur filio hoc casu, dicat aliquis? Imo inquit, hoc quod jus ei dat, ut exheredatus agat de inofficioso. Quod quidem olim faceret filius, quisquis esset adoptivus pater: bodie ita demum, si quis non extraneæ personæ, sed parenti naturali, puta avo vel proavo materno in adoptionem datus sit. *L. cum in adoptivis, §. si vero. et §. sed ne, C. de adop.* Ergo, inquit, exheredatus de inofficioso agat: nempe si velit post superiorem stipulationem quid consequi: nam hoc solum ei relinquitur, postquam stipulatio non est commissa. Quid ergo dicemus, inquit, si et meruit exheredari? consequens esse significat eum hoc casu ne de inofficioso quidem agere posse. Ut autem paulo ante, eum dixit; *sed videamus, an in eo qui legitime adoptavit, possit* stipulatio *committi*, prætermisit responsionem, quia hæc ex ratione subjecta satis intelligebatur: sic et omisit hoc loco; quia interrogatio posita de inofficiosi querela, omnino hanc responsio-

nem exigebat, ut diceremus non posse eum agere de inofficioso, qui esset justis de caussis exheredatus: eum hujus verbi de inofficio vis hæc sit, dicere se immerentem et sine caussa præteritum esse, aut exheredatum. *L. nam et his supr. de inoff. Instit. eod. in pr.* Id autem sentire Paulum oratio sequens apertius declarat. Subjicit enim: *emancipatus plane et hoc remedio carebit.* Quibus verbis hoc dicere intelligitur: filium adoptivum, qui in potestate patris adoptivi manserit, si ab eo sit exheredatus, posse remedio querelæ carere; sed non aliter, quam si et meruerit exheredari. At si is a patre emancipatus sit, deinde vel præteritus ejus testamento, vel exheredatus, non eandem in eo distinctionem esse servandam; sed hunc et actione ex stipulatu, et hoc remedio querelæ plane cariturum. *Plane*, id est omni modo, et indistincte, sive meruerit præteriri, exheredarive, sive non meruerit. Et recte: querela enim inofficiosi liberis, parentibus, et fratribus constituta est, non extraneis. *L. 1. 2. 3. sup. eod. Inst. eod.* Filius autem adoptivus a patre adoptivo emancipatus non solum desinit esse in numero liberorum, sed etiam extraneus esse incipit, usque adeo, ut emancipatione secuta nullum ex pristino jure maneat vestigium. *§. minus, Inst. de her. quæ ab intest. def. L. in omni, sup. de adop.* Cum autem dicit Paulus stipulationem hic non committi, eum pater adoptivus filium emancipavit, aut exheredavit: ostendit, si is hoc non fecerit, sed aut filium expulerit domo sine emancipatione, aut ei nihil reliquerit sine exheredatione, committi stipulationem; contraria nimirum de caussa, quia pater hæc non faceret. Ait, *quare sic debuit interponi stipulatio.* Hæc per occasionem prioris responsi injecta sunt, magis docendi caussa, ut sit in hoc responso, quo etiam in futurum caveatur aliis ad stipulationem in ejusmodi aliqua specie recte concipiendam, quam quod ad propositam quæstionem aut omnino ad præsentem caussam quidquam pertineret. Jam enim stipulatio pœnæ, de qua quæritur, interposita erat, si promissor eum filium, quem susceperat, aliter quam ut filium observasset, et promissor hunc expulerat domo, aut ei moriens nihil reliquerat, ut jam sola esset quæstio, an stipulatio esset commissa, necne: fera autem esset deliberatio, quomodo ea stipulatio mutari posset cum promissore, ubi aut is mortuus esset, aut si adhuc viveret, tamen eum, qui traditus erat, nollet pro filio jam habere. Quod cum verba quæstionis propositæ declarant, atque hoc quod dicit hic Paulus, sic debuisse stipulationem interponi, quod de præterita tantum stipulatione recte dicitur: tum illa verba in primis, quæ sunt in extremo hujus responsi, *dici tamen poterit commissam esse stipulationem.* Sed quia hoc responsum Paulus mandabat literis, visum est id ita scribere, non solum ut ostenderet, quid in eo, de quo consultus erat, sibi placeret: sed etiam per occasionem ut caveret etiam aliis, quid in hac re fieri oporteret. Ait ergo; *quare sic debuit interponi stipulatio, ut si eum emancipasset, vel exheredasset pater adoptivus, certum quid promitteret.* Ut sit sensus: postquam stipulatio eo modo quo proponitur, concepta non committitur, quamvis filio adoptivo ejecto, aut bonis excluso, si eum pater, idemque promissor emancipaverit, aut exheredaverit; si quis in hac re consilium vult, rebus quidem transactis, sed tamen quo in similibus caussis sibi in posterum consulat, et in hos quoque casus consequatur pœnam: consequens est non sic debuisse in hac caussa stipulationem interponi, ut supra scriptum est; sed hoc modo, ut qui filium tradebat, et pœnam stipulabatur, nominatim et aperte de his quoque casibus comprehenderet, id est, ita stipularetur, si etiam promissor eum, quem suscipiebat, emancipasset, vel exheredasset. Quod si factum erit, nihil dubii esse vult, quin si pater adoptivus filium sibi traditum emancipaverit aut exheredaverit, stipulatio adversus eum committatur. Id quod apertius confirmat, eum subjicit; *quo tamen casu commissa stipulatione:* ubi diserte et sine ulla hæsitatione commissam esse dicit. Nam quod cavetur, ut promissor eum, quem suscipit, heredem faciat, non inutiliter in filio cavetur, ut supra dixi. Quod autem dicimus filio emancipato stipulationem committi, absurdum videri non debet, etsi verum est eum non emancipari nisi volentem: *novel. quib. mod. nat. eff. sui, §. generaliter.* Nemo autem fraudatur, qui sciat et consentiat. *L. nemo videtur, infr. de reg. jur.* Nam primum hic non est stipulatus filius, sed is qui filium dabat: quo etiam invito filius emancipatus est: ut si injuriæ stipulatori illatæ hic rationem haberi velimus ad stipulationem committendam, vel hac sola ratione recte dicturi simus stipulationem illi committi. Deinde etsi filius ipse esset stipulatus, aut fieret non invito stipulatore, ut filius emanciparetur: non eo tamen minus committeretur pœnalis stipulatio, cujus hæc esset conditio, si promissor eum, quem adoptabat, emanciparet. Committitur enim hujusmodi stipulatio, atque adeo omnis condi-

tionalis, non si injuria facta sit stipulatori, aut quid factum invito eo; sed si conditio stipulationis exstiterit. §. *sub conditione*, *Instit. cod. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, illie *pœnam enim*, supra, *eodem*. Verum est autem promissorem filium emancipasse, sive invitum, sive volentem emancipaverit. Quinimo cum filius emancipari non possit nisi volens, non potest hæc conditio, *si promissor eum emancipaverit*, de alio intelligi, quam de eo, qui volens sit emancipatus. Sic in casu evictionis accidit, ut si venditor rem a se venditam vindicet ab emptore, et emptor, qui exceptione se tueri adversus eum poterat, judicium ultro suscipiat, ac deinde victus sit, nihilominus stipulatio duplæ adversus venditorem committatur, quamvis non nisi volens condemnatus fuerit. *L. vindicantem, supr. de evict.* tantum ob id, quod stipulationis conditio hæc fuit, si res emptori esset evicta; verum est autem fuisse evictam etiam eam, quæ illi judicio ultro suscepto evicta est. Recte igitur Paulus his de caussis non movetur, quominus in proposito stipulatione pœnæ nominatim ita concepta, si promissor filium emancipasset vel exheredasset, conditione exsistente committatur stipulatio. Et omnino circa emancipationem nihil dubitat. Sed incidit circa exheredationem dubitatio: quam rursum per occasionem ejus, quod faciendum esse dixerat proponit, et expedit, ne forte in eo consilio quod dederat, aliquid dubii relinquatur: nam alioqui ad id, quod de stipulatione proposita quæsitum est, non pertinet, postquam eam filio suscepto exheredato non committi diximus. Duo
5 autem hic quæri posse ait. ✝ Unum est, cum stipulatio in hunc casum concepta est, si pater adoptivus filium exheredasset, an conditione deinde impleta, atque ita commissa hoc casu stipulatione permittendum sit filio dicere de inofficioso, et maxime si patri naturali heres exstitisset. Non enim videatur fortasse utrumque locum habere posse ex eodem facto promissoris, et querela ad hereditatem ejus obtinendam, et pœnæ persecutio adversus ejus heredes: ut evenit, cum quid fieri promissum est, et nisi factum esset, pœna. *L. ita stipulatus in fin.* ubi de hac re diximus. *Supr. L. rescriptum.* §. *si pacto. supra. de pact.* Addidit autem, *maxime si patri naturali heres exstitisset:* quia eum ei heres non exstitit, duæ sunt personæ diversæ, quarum una de inofficioso agit, is est filius: altera pœnam petit: hi sunt heredes stipulatoris, ambæ ex diversis caussis. Ut minus dubii sit hoc casu, quia res eum uno acta alteri nocere non debeat. *Titu. Cod. res inter alios act. vel judicat aliis non nocet.* At cum filius exstitit patri naturali eidemque stipulatori heres, evenit, ut in eandem personam filii concurrant querela, et pœnæ persecutio. Ideo hic potissimum dubitatur, an ei permittendum sit utraque via simul experiri, quasi pugnet eum dicta *L. rescriptum*, §. *si pacto, supra, de pact.* et similibus locis. Ac de eo quæstionem solum posuit, aperte autem nihil respondet. Credo, quia rem ut minime dubiam prætermisit, contentus solum quæstionem de hac re ponere, ut ad sequentem sibi additum muniret: prius enim necesse est de inofficioso testamento agi posse, quam illud quæri, an in eo vinci possit filius et ei victo denegari ei debeat actio; ideo priorem quæstionem præmisit ut ad sequentem perveniret. Alioqui cui dubium est querelam de inofficioso propositam esse liberis exheredatis: hunc autem, de quo quæritur, cum fuerit adoptatus, fuisse ex defuncti liberis? Nam quod placuit rei principaliter promissæ, et pœnæ simul promissæ, si illud datum non esset, petitionem non dari in ejusdem persona, qui de utroque sibi cavit: placuit, non in his, qui ut inque rei petitiones ex diversis et propriis caussis constitutas habent. Ut accidit in proposito, ubi filius exheredatus beneficio proprio juris sine alia cautione querelam inofficiosi habet, pater autem stipulator actionem pœnæ ex sua stipulatione. Et si hanc filius habere incipit, cum patri heres exstitit, habet tamen ex persona patris ut heres, non ut filius. Interim Paulum hoc sentire etiam hoc casu filium exheredatum posse dicere de inofficioso, satis indicant verba sequentis quæstionis, cum ita quærit, an victo filio in caussa inofficiosi, ei deneganda sit pœnæ actio. Quomodo enim potuit vinci sine judicio? et quomodo esse judicium potuit, nisi hoc judicio ille potuit experiri? ✝ Transit igitur statim ad illud 6
alterum, quod hic quæri posse dixi, *et an victo*, inquit, *deneganda si ex stipulatu actio?* Hoc ita quærit, quasi ei qui eo judicio victus non sit, non sit deneganda. At quomodo hæc detur filio, sive victus sit de inofficioso, sive non sit: cum stipulatio sit non filii, sed ejus, qui eum tradebat, patris, et quidem pœnam stipulantis sibi, non filio? Nempe hoc quærit, an victo deneganda sit actio, quo casu ei non victo competeret: quod contingit, si hic filius naturali patri, eidemque stipulatori heres exstiterit: Nec abs re de eo quæritur. Cum enim victo filio vi ipsa pronunciatum sit ipsum justis de caussis esse exheredatum, ut sic efficiatur non esse testamentum inofficiosum, de quo actum est, dubitatur an possit ipse pœnam petere ob id: quod ita sit exhe-

redatus: quod statui turpe est et iniquum. Hic respondet Paulus, dubitari quidem de eo posse: sed si ei, qui stipulatus est, id est, naturali patri, non debuit denegari pœnæ actio victo filio, id est, etiam tunc, cum filius de inofficioso victus est (nam et non victo eo multo magis ea actio stipulanti competeret) nec ipsi filio quamvis victo deneganda erit debitæ pecuniæ executio. Recte colligit Paulus; quoniam hujus debiti actio, et per actionem executio non potest dari filio, nisi ex persona patris, cui filius successerit: cum ipse sibi stipulatus non sit, sed pater, idque adeo sibi, non filio. Quamvis si stipulatus esset filio, qui heres non esset, inutiliter esset stipulatus *L. continuus, §. ult. inf. eod.* quæ autem actio defuncto competit, eadem et heredibus danda est, et quidem ita, ut ex persona defuncti æstimetur, non heredis, cum is in jus et locum defuncti succedens eodem quoque jure uti debeat. *L. quædam, §. 1. supr. de eden. L. qui in jus. infra de reg. jur.* Non distinguit autem Paulus, utrum filius juste victus sit tanquam merito exheredatus, an victus injuria, ut inique exheredatus. Unde non immerito quæsitum est, an etiam si justis de caussis exheredatus sit, non minus tamen ei danda sit actio. Et puto non esse dandam, quia nec patri ipsi hoc casu daretur: quod Accursio et Bartolo hoc loco recte videtur. Omninoque ita statuendum est, ut justi facti pœna nulla esse potest, quæ tantum delicti coercitio est: *L. aliud est fraus, inf. de verb. sig.* sic nullam esse posse pœnæ petitionem ob justam exheredationem patris, sed præcipue ex stipulatione. Sive enim generali hac oratione, *si promissor filium adoptivum exheredaverit*, non senserunt contrahentes de justa exheredatione patris: propter hanc nihil potest deberi, cum desit consensus, sine quo ne stipulatio quidem valet *L. continuus. §. 1. infr. L. inter, §. 1. supr. eod.* Sive de hac etiam senserunt, turpis stipulatio est, per quam impunitate delinquendi proposita filius ad delinquendum invitatur. Cujusmodi stipulationes omnes ut turpes et bonis moribus contrariæ improbantur, *L. convenire, sup. de pac. dol. L. si unus, §. pacta supr. de pact.* Nihil hic neque dicitur, neque significatur a Paulo adversus eam sententiam. Videndum est enim, quid et quibus verbis scribat. Quærit, an victo filio in caussa inofficiosi nihilominus danda sit ex stipulatu actio: et ait dandam; quod sic accipiendum est, *victo* dandam, ut de victo quæstionem posuerat. Recte *victo*, ut intelligamus ob id solum, quod victus sit, non esse denegandam, sive juste victus sit, sive injuria. Quod et verum est: nam si nihil aliud objicietur vel patri, vel filio pœnam persequenti, quam quod filius victus sit de inofficioso, neutri hæc exceptio oberit, quominus recte pœnam petat: etsi in eo vi ipsa hoc pronunciatum est testamentum inofficiosum non videri, itaque filium non inique esse exheredatum. Exceptio enim hæc est rei adversus filium judicatæ, quam quidem patri nocere non posse certum est, cum res inter alios judicata sit. *L. sæpe supr. de re jud. tit. C. res int. al. ac. vel jud.* An noceat filio, dubitari potest, cum idem agat ex stipulatu propter exheredationem injustam, quem ante juste exheredatum esse pronunciatum est, et exceptio rei prius judicatæ ab iis ipsis nunc objiciatur, cum quibus prius actum est de eadem exheredatione. Sed ne huic quidem nocere potest pœnam actione hereditaria persequenti. Hic enim concurrunt, propter quæ alia res sit: quorum unum aliquod cum intervenit, exceptio rei judicatæ non nocet: Persona; id de quo agitur; et proxima caussa actioni. *L. cum de hoc, L. cum quæritur, et n. seqq. supr. de exc. rei jud.* Persona hic alia est. Prius enim agebat ut filius ex persona sua: nunc agit ut heres ex persona patris: in quo et patris cui successit, persona sustinet. Quod unum satis est, ut ei, qui prius victus erat, nunc alio nomine agenti sententia non noceat, quasi re inter alios prius judicata. *L. Modestinus sup. de except.* Id de quo nunc agitur, perspicue aliud est. Prius enim petebat filius hereditatem, perlata de inofficioso quæstione: nunc pœnam petit stipulatione comprehensam. Et quibus de caussis atque actionibus utrumque? Longe diversis. Hereditatem enim petebat ut heres, et quidem suo jure, ut cui jure defertur hereditas rescisso prius testamento tanquam inofficioso: eoque et actione in rem utebatur. Nunc pœnam petit ex stipulatione, eaque hereditaria, non sua propria: in quo et actione in personam utitur, nimirum certi condictione. Bene igitur Paulus ait huic filio in caussa inofficiosi victo pœnæ actionem ex caussa hereditaria non esse denegandam: dum hoc sentit, ob id quod ita victus sit, non esse denegandam, si quidem nihil aliud objiciatur ei a promissoris heredibus, quam ipsum jam ante victum esse tanquam juste exheredatum: et in summa dum hoc sentit rem prius in caussa inofficiosi adversus eum judicatam, ei postea pœnam propter eandem exheredationem petenti nocere. Sed si objicietur ei aperte juste eum fuisse exheredatum non ea ratione, quia prius ita judicatum sit, sed quia res ita se

habeat, deque ea re iterum in judicio pœnæ quæri velint heredes promissoris, idque probare parati sint, audiendi sunt: sic enim dicunt turpem esse hoc casu stipulationem; ex quo efficitur eam nullius esse momenti, itaque ex ea nihil deberi. Neque vero rom hoc casu denegabitur ei actio, dicetur filio in caossa inofficiosi propter exheredationem victo denegari, sed denegari juste exheredato. Inter quæ multum interest. Cum enim alicui ut victo denegatur actio, adversus hunc satis est de sententia docere, qua victus est, sive juste victus sit, sive injuria. Cum autem denegatur juste exheredato, nihil adversus hune proficitur, nisi juste exheredatum esse doceatur. Ad quod probandum nihil prodest, quod prius victus est de inofficioso, atque adeo, quod eum juste exheredatum esse prius pronunciatum est: potuit enim multis aliis de causis vinci, quam quod merito esset exheredatus, puta, vel imperitia, vel injuria et sordibus Judicis. Sed et illud in verbis Pauli observandum est, quod non simpliciter et absolute dicit victo filio in proposito dandam esse pœnæ exsecutionem; sed sub conditione, si ei qui stipulatus est, non debuit denegari. Admitto sine exceptione, quo casu patri naturali, qui pœnam stipulatus est, actio deneganda non est, eodem casu nec unquam denegandam esse filio. Sed eadem conditione efficitur, ut si patri ipsi deneganda sit denegari debeat et filio: quod et verissimum est. Denegaretur autem et patri, si stipulatus esset pœnam hac conditione, si filium quamvis merentem exheredasset: esset enim, ut dixi, turpis stipulatio. Et vero hoc casu non committeretur stipulatio etiam patri, ut quam nullius esse momenti constaret, *L. generaliter. supra. eodem.* Neque id negat Paulus, cum prius ita scribit: *quo tamen casu commissa stipulatione.* Nam et hæc oratio non affirmativa est, sed conditionalis: valet enim, *quo tamen casu* cum commissa erit stipulatio. Ut proinde ex his verbis hoc adhuc relinquatur quærendum, an semper et indistincte propter omnem exheredationem patris stipulatio committatur. Summa hæc est: filio in specie proposita juste exheredato, neque de inofficioso testamento licet queri, neque stipulatio pœnæ committitur. Immerito exheredatus et de inofficioso agere potest, et cum egerit, pœnam petere nihilominus: quæ ex stipulatione patris naturalis, cui successit, commissa fuerat. Et hanc quidem omnimodo, id est, non tantum si in lite de Inofficioso vicerit, sed etiam si victus fuerit tanquam non inique exheredatus: nempe dum hoc solum ei objicietur, fuisse adversus eum de ea re jam ante judicatum, ipse autem nihilominus se juste exheredatum negabit.

† *In eo autem, qui non adoptavit*). Juxta distinctionem personarum, quam sibi præscripserat supra, *in vers. sed videamus.* Deinceps respondet de eo, qui filium alienum ita suscepit, ut non adoptaret. Respondet autem in hanc sententiam: disserit enim initio ita, quasi stipulatio superior in extraneo promissore videri debeat his verbis, quæ proponontur, inutiliter esse concepta, ut quidem eo, qui susceptus erat, ejecto, aut non instituto committatur, de quo quærebatur. Tandem nihilominus statuit bis factis in hoc ipso promissore esse commissam. Atque ita scribit: *in eo autem, qui non adoptavit, quem intellectum habeat hæc conceptio, si eum aliter, quam ut filium observasset, non perspicio.* Significat hanc conceptionem in eo, qui non adoptavit, nullum sibi videri idoneum intellectum habere: ideo enim non perspicit, quem intellectum habeat, quia ea idoneum nullum habet, aut certe is quærenti non occurrit. Quod ex hypothesi dictum esse accipiendum est: nempe enim nullum habet ad hoc efficiendum, ne is qui traditus erat, impune ejiciatur domo, neve impune ei nihil relinquatur a promissore; seu ad hoc, ut ob ea facta stipulatio committatur: de quo quæsiturus erat. Alioqui scimus omnes, quid sit aliquem habere et observare ut filium: cum certa sint officia patris erga liberos: sive de his alendis agitur, sive de his instituendis aut exheredandis, *L. si quis a liberis,* supra, de *agnosc. lib.* Instit. *de exher. lib.* Sed, ut dixi, nullum habet intellectum hæc conceptio, ut committatur in eo, de quo quæritur. Idque efficitur hoc modo. Nam si stipulator id agebat, ut promissor filium alienum, quem suscipit, apud se haberet vivus non ejiceret domo, ac moriens ut eum institueret; potuit quidem jure stipulari utrumque a promissore: sed ut debeatur, non efficitur superiore conceptione, quoniam id verba non significant. Is enim observat aliquem ut filium, qui erga illum ea facit, quæ sunt propria patris erga filium, seu quæ solent soli patres exercere erga liberos. Porro habere aliquem apud se domi, aut eum testamento heredem instituere, non sunt ejusmodi, quæ diei possint propria patris adversus filium: cum extraneus possit habere domi extraneum, eumque alere non minus, quam filium; et possint testatores, atque etiam soleant testamento instituere heredes extraneos. Quapropter non continentur hæc superiore stipulatione. Quod cum pro certo haberet Paulus, hoc loco prætermisit,

atque id solum attigit, quod videbatur superioribus verbis contineri: unde et illud pro ratione solum posuit, quod sequitur. Quod perinde est, ac si diceret: si quid ad aliquem domo temere non ejiciendum, aut non temere removendum a bonis promissoris contineri potest superiore conceptione, hoc tantum est: ut promissor vivus, eum, quem suscipit, si ejicere vult, emancipet: si vult ei nihil relinquere, testamento exheredet: quandoquidem duo hæc emancipare et exheredare, propria sunt patris, et ea quæ dum pater facit, patrio jure facere intelligitur. At hæc frustra promittit, qui eum quem suscipiebat, non adoptavit. Quid enim inquit? *an et hic*, id est, in hoc promissore *exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas?* quasi diceret: nequaquam vero hæc in eo exigamus, ut præstet, utpote res in extraneo ineptas, idest quæ extraneo non sint aptæ, seu quæ in extraneum non cadant, eoque ab illo præstari non possint; neque porro aliæ res sunt, quæ satis commode verbis hujus stipulationis possint intelligi. Extraneum vocat eum, qui pater non est neque natura, neque adoptione. In hunc non cadit emancipatio aut exheredatio: quia non emancipat, nisi qui prius in manu et potestate sua habuit, quod non est extranei: nec exheredat quisquam, nisi qui eum, qui alioqui jure heres et dominus bonorum erat, a bonis removet: quod nemo extraneus statuere potest in eum, quem prius dominum et heredem bonorum suorum non habuit. Solum hoc filiorum est, ut sint heredes et domini bonorum paternorum. Proinde et solius patris ab his ipsis eos removere exheredando. *L. in suis. supra. de lib. et post.* Si hæc ab extraneo præstari non possunt, frustra ab eo promittuntur. *L. si stipulor, supra, eodem.* Utque promittuntur frustra, ita et pœna, quæ his non præstitis promittitur, ut fit superiore stipulatione: quoniam rei impossibilis pœna est, quæ nec ipsa committitur. *L. si homo, supra, eod.* Atque hæc etiam frustra promitti respondet apertius per adversativam, quæ sequitur, addita etiam
8 nova ratione rei confirmandæ caussa. † Sic autem locus legendus est: *sed si is qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio jure in eo* (sic enim verba interpungenda sunt, ut sit in eo, pro in ea re, de qua agitur) *quia hæc non facit, dicit supervacuo. Fecit* legitur in Pandectis Florentinis. Sed verbo *dicit*, convenit et respondet verbum *facit*, ut sit utrumque præsentis temporis. Est autem hic sensus. Prius ita scripserat per interrogationem, an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem res in extraneo ineptas? quibus verbis posterioribus tacite innuit non exigi. Nunc idem confirmans apertius, subjicit: sed dubitandum non est, quin hæc ab extraneo exigi non possint: nam qui hæc non facit, id est, qui natura facere et præstare non potest, etiam *dicit supervacuo*, id est, frustra. Recte dicendi verbo usus est, non promittendi: dicuntur enim hæc frustra ab extraneo sive promittantur ipsa, sive non promittantur: dum si quid promittitur aliud, promittatur hac lege dicta et conditione, si priora illa præstita non fuerint. Supervacuo autem hæc dici ab eo, qui hæc non facit, probat hoc argumento. Nam eum, qui legitime adoptavit, cum pœnam promittit, si filium non exheredaverit, aut emancipaverit; constat nihil facere contra verba stipulationis, cum in eo utitur patrio jure, id est, cum illa facit, de quibus cautum est, quæ fiunt jure patris: Idque ita esse paulo ante respondit. Est autem hæc sententia: quod enim dicit adoptivum patrem, eundemque promissorem, dum hæc facit, nihil facere contra verba stipulationis: ex eo vult intelligi recte hæc atque utiliter dici, caveritque ab eo, qui filium adoptavit. Dum enim his faciendis nihil facit contra stipulationem, eo modo pœnam evitat. Neque porro hanc aliter evitare potuit, quam si hæc ipsa vere præstiterit, et eo modo quo voluit stipulator præstari, aut alioqui deberi pœnam: et quia vere hæc potest promissor præstare, fit etiam, ut de his caveat, et dicat utiliter. At quamobrem utrumque? non alia de caussa, quam quod pater est, et in his utitur jure patris, id est, eo jure, quod solius patris proprium est. Id si ita est, recte colligitur eum, qui hæc non faciat, cum non sit pater, eoque nec in his utatur patrio jure; eadem illa dicere et promittere inutiliter. † Hactenus disseruit sti- 9
pulationem propositam uti concepta est, in eo qui adoptavit, inutilem videri. Tandem id mutat, et subiicit: *dici tamen poterit commissam esse stipulationem:* quod habet hanc sententiam. Sed etsi subtiliter hoc ita disseri potest, ut modo dixi: dici tamen potest etiam in extraneo utilem esse stipulationem superiorem, et ob ejectum eum, qui traditus fuerat, aut non institutum, de quo quæsitum est, esse commissam. Non addidit, quamobrem contempta superiore ratione putaret stipulationem esse commissam: sed tamen quam recte putet, non est admodum obscurum. Etsi enim verum est superioribus verbis hoc contineri, ut promisit

eum quem suscepit, emancipet aut exheredet, ut pater faceret: tamen non continetur id simpliciter, sed eum adiunctu, ut emancipet, si velit expellere dumo ut exheredet si velit ei testamentu nihil relinquere. Ita reus prius hoc dicere intelligitur, se eum, quem suscipit, non expulsum, quin exheredet. Perspicuum autem est, etiam, extraneum facere contra hanc conventionem, et quidem statim, simul atque eum, qui traditus est, pellit domo, aut ei nihil relinquit: effectum est enim eum nec emancipare posse extraneum, nec eum, qui jure heres non sit, exheredare. Quo fit, ut indistincte recte respondeatur his factis promissoris quamvis extranei commissam esse stipulationem. Nec multum ei proderit, si ad speciem et imaginem cujusdam emancipationis Magistratum adeat, et apud eum dicat se eum quem pro filio susceperat e manu sua et potestate emittere. Non enim ideo hæc emancipatio est, quæ alium potestate promissoris et manu non liberat. Ne illud quidem ad eem pertinet, si dicat se eum quem suscepit, exheredare: non enim verbis exheredatio perficitur, sed re itidem, ut emancipatio. Is exheredare intelligitur, non qui dicit se exheredare: sed qui id facit, quod est exheredationis; id est, qui eum, qui alioqui heres erat, vero exheredem facit. Quod solum in parte adversus filium contingit. Nisi quis, ne in extraneo quoque committatur hæc stipulatio, cum Accursio et Bartolo satis esse putet hæc verbotenus interposita esse, non re ipsa. Sed cum verba cum effectu accipienda sint: *L. 1. supr. quod quisque jur.* recte hic dicetur, quod in re simili scripsit Papinianus, incredibile esse de actu vel potius de imagine manumissionis, aut exheredationis, ac non de effectu cogitatum. *L. si venditor, supr. de ser. exp.* Quin potius illam sententiam contrahentium esse apparet in hac stipulatione, ut is qui tradebatur, haberetur, tractareturque ut filius, aut pœna committeretur. Non habetur ut filius, qui vere non emancipatur, aut vere non exheredatur, † Summa re- 10
sponsi hæc est: cum quis promisit pœnam, si eum, quem pro filio suscipiebat, non observasset ut filium: stipulationem quidem semper valere, sive suscipiat extraneus, sive is qui adoptet legitime: sed aliter atque aliter committi, prout est is, qui suscipit. Nam si id faciat, qui legitime adoptavit, hunc in ea caussa esse, ut impune filium susceptum etiam eiciat dumo, dum emancipet; impune nihil ei relinquat moriens, dum exheredet: si quidem pater filium emancipans, aut exheredans id facit, quod est patris, ut in his non aliter susceptum habeat et observet, quam solet filium pater, qui suo jure utitur. Quod si is id caverit, qui non adoptavit, contra esse: non posse hunc ullo modo eum, quem suscepit, pellere domo, aut ei nihil relinquere, quin stipulatio committatur: nam nec pater ipse hæc eadem facere potest, quin contra officium patris erga liberos, eoque et contra stipulationem faciat: si modo ea faciat non interposita emancipatione aut exheredatione: at has certum est ab extraneo interponi non posse.

Ad §. *Filiusfamilias ita stipulatus est.*

Filiusfamilias ita stipulatus est: *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes?* et emancipatus credidit: patri non debebit fidejussor, quia nec reus ei tenetur.

SUMMARIA.

1. *Ex filiifamilias conditionali stipulatione obligatio acquiritur patri, etiamsi emancipato jam filio existat conditio: cujus juris duplex proponitur exceptio.* et n. 6.
2. *Species hujus §.*
3. *Fidejussor in proposito cur non obligetur patri.*
4. *Filiofamilias qui, cum in potestate esset, fidejussorem accepit ejus pecuniæ, quam post emancipatus credidit, an fidejussor obligetur.*
5. *Fidejussor in proposito cum mandatore comparatus.*

1 Quod filiusfamilias stipulatur contrahitve sub conditione: si exstiterit conditio postea, ejus obligatio patri acquiritur, etsi maxime emancipato jam filio conditio exstiterit. *L. si*

filius famil. 78. *supr.* de quo jure ibi diximus. Hoc ita est, nisi exsistente post emancipationem conditione refragetur obligationis natura, quominus acquiratur patri; aut res cum filio contracta sit donationis causa sub conditione, si a patre emancipatus esset, dum id agitur a donatoro, ut res ad filium, non ad patrem perveniret. Prioris exceptionis
2 exemplum hic est hujusmodi: † filiusfamilias pecuniam Titio crediturus, ab eo quem futuræ numerationis fidejussorem jam nunc accipiebat, ita stipulatus est; *quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes?* Stipulatio contracta est sub conditione, si is qui stipulabatur, pecuniam credidisset. Quæ enim demonstratio in futurum confertur, ea conditionem habet. non solam demonstrationem, ut in hoc legato Stichum, qui meus erit, moriar, *L.* 6. *supr. de Leg.* 1. Emancipatus credidit: placet fidejussorem non ob-
3 ligari patri. † Cur? quia nec potest repugnante fidejussoriæ obligationis naturs: quod significat Paulus, cum ait, *quia nec reus ei tenetur.* Hoc enim sentit, fidejussorem qui accessio est principalis obligationis, §. *fidejussores. Inst. de fidejus.* non posse alii obligari, quam ei, cui reus ipse principalis tenetur: in proposito autem non patrem pecuniam credidisse: sed filium, eumque emancipatum: ut proinde ei soli reus eo nomine obligatus sit, non patri. Ita fieri, ut refragante accessionis natura non possit fidejussor
4 in hac specie obligari patri. † Sed an obligabitur filio, qui emancipatus credidit? nam de eo nihil hic responsum est. Et summo jure non videtur filio actio acquiri posse ex ea stipulatione, quem cum in potestate esset, contraxit, qussi emancipatus alius homo sit, quam is, qui stipulatus est. *Sed humanitatis, intuitu,* inquit Papinianus, *fidejussor ei obligabitur L.* si debitori §. *ult. infr. de fid.* utpote ei, qui solus mutuum contraxerit, et quidem tunc primum, cum esset sui juris, et præterea qui stipulatus sit a fidejussore ejus nomine, cui hæc ipsa pecunia deberetur. Itaque hoc nomine in factum actio filio dabitur. Sic enim vocatur in *L. si vero non* §. *si filiofamil. mandavero, supr. man.* quæ dicitur utilis in *L. quidam cum filium, supr. de her.*
5 *instit.* † Quæ ratio est fidejussoris a filiofamilias pecuniam credituro accepti, eodem, est mandatoris, qui mandavit filiufamilias, ut is pecuniam crederet alteri, aut alteri solveret. Ut enim fidejussoriæ obligationis natura non patitur, ut alii obligetur fidejussor, quam ei, cui reus ipse, cujus nomine intercessit, tenetur: sic nec contrariæ mandati obligationis natura, ut alii obligetur mandator ex causss mandati, quam ei, cum quo interpositum est mandatum, et qui simul ex ea caussa mandatum implevit *L. si vero.* §, *contrario. L. si quis alicui,* §. *impendia. L. si mandatu.* 45. 1. *resp. in fi. supra mand.* Hinc de hac specie idem responsum, quod de superiore: Mandavit aliquis filiofamilias ut pecuniam crederet Titio, vel ut mandantis nomine Titio solveret: quo facto mandati obligatio contraria contrahitur inter mandatem et filiumfamilias sub conditione, si filius qui mandatum suscipit pecuniam crediderit aut solverit juxta mandatum. Emancipatus credidit, aut solvi. Placuit non magis in hac specie filiifamilias mandatorem patri teneri, quam in superiore filii fidejussorem. *L. si vero.* §. *si filiofamil. mandavero, supra mand.* scilicet quia et hic repugnet conditio mandati obligationis. Nam cum patre aut non intercessit mandatum, aut si per filium intercessisse videri potest. certe nihil fecit ipse mandati exsequendi caussa, nec alius quisquam ejus nomine. Filius enim emancipatus, qui patri quærere nihil potuit, credidit, aut solvit pecuniam suo nomine, et mandati caussa a se suscepti. Neque vero alii, ut dixi, ex caussa mandati mandator obligari potest. Sed an filio actio adversus mandatorem dabitur? et hic omnia de eo, quæ in superiora specie exposuimus, dicenda sunt. *d. L. si*
vero. §. *si filiofamil.* † Sed etsi obligatio a 6
filiufamilios contracta ejusmodi est, qua non minus commode reus patri teneri possit, quam filio secundum naturam obligationis: si tamen ita erit contracta, ut conferretur in tempus emancipationis filii, dum id agitur inter contrahentes, ut actio emancipato acquiratur; etiam hoc casu emancipato deberi incipiet, non patri, si modo sine dolo malo filii id ita cautum fuerit. *L. ult. infr. de stip. ser.* Ac sine dolo male ejus id ita gestum intelligetur, si res illi fuit cum eo, qui ei donatum voluit ita, ut res ad ipsum perveniret, non ad patrem. Quod cujusmodi sit, illustri exemplo declaratur in dict. *L. quidam, cum filium, supr. de her. inst.*

Ad L. *Si sic stipulatus.* 133.

Scævola lib. 13. Quæstionum.

Si sic stipulatus sim, *Neque per te, neque per heredem tuum vim fieri spondes?* et egi quod mihi vim feceris: recte remanere factum heredis in stipulatione. Nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio. Non enim ad unam vim tantum pertinet. Nam sicut et ipsius heredis caput: ita ipsius vis vel sæpius facta complectitur, ut condemnetur quanti interest. Aut si sic volumus factam esse stipulationem. *Neque per te, neque per heredem tuum fieri?* ut ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit. Ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota comsumpta sit. Quod non est verum.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc, Neque per te, neque per heredem tuum vim fieri spondes? tam in servitutibus, quam in corporalium rerum controversiis utilis.*
2. *Per te non fieri quid.*
3. *Stipulatio superior semel commissa, ita ut cum promissore stipulator ex ea egerit, an ex facto heredis iterum committatur, ut adversus hunc quoque amplius agi possit.*
4. *Argumenta duo Scævolæ in hoc responso.* et n. 9.
5. Caput *hoc loco quid.*
6. *Verbo,* Vis, *generaliter vis omnis etiam sæpius facta continetur.*
7. *Stipulationis hujus iterum comissæ effectus.*
8. *De lectione hujus loci observatio.*
10. *Stipulatio omnis, quæ in faciendo aut non faciendo est, an sæpius committi possit.*

1 Stipulatus quis est hoc modo, neque per te, neque per heredem tuum vim fieri spondes? Finge cum possessori fundi fieret possessionis controversia, tandem re inter litigantes transacta convenisse, ut possessio apud eum maneret: utque rata esset conventio, stipulatum esse possessorem ab adversario, neque per eum, neque per heredem ejus vim fieri, quominus eum fundum de quo agitur, sibi possidere liceret: Stipulatio non in controversiis rerum corporalium tantum utilis, sed præcipue in servitutibus; de quibus cavetur, per te non fieri, quominus eo aut illo jure uti possim. *L. ult. supr. de serv.* † *Per*
2 *te non fieri* nihil aliud est, quam per te vim non fieri. Nam in omnibus interdictis quæ sunt de quasi possessione servitutis retinenda, Prætor utenti, quominus uti utatur, vim fieri vetat, dum id cavet, ne quid fiat, quominus quis eo jure libere utatur. *L.* 1. *L.* 3. *§. ait supra de iti. ac. pri. L.* 1. *supra de aq. quot. et est.* † Adversus hanc stipula-
3 tionem promissor possidenti vim fecit, dum eum aliquo modo libere uti re prohibet, juxta ea, quæ traduntur in *L.* 3. *§.* 1. *et seqq. supr. uti possi. et L. veteres. supr. de iti. ac. pr.* quo nomine commissa stipulatione stipulatur egit cum promissore, et ut utiliter ex ea stipulatione agitur, ita etiam id quod sua interest a promissore damnato stipulatorem consecuturum esse, aut certe in id promissorem damnatum esse intelligendum est. Ac semel eo nomine damnatus promissor deinceps quievit. Sed mortuo eo heres denuo possidenti vim facit: Quæsitum est, an ex facto heredis iterum committatur stipulatio, ut adversus hunc quoque amplius agi possit; an vero satis fuerit ex ea semel egisse stipulatorem, et consecutum esse, quod sua interest, ne amplius committatur. Respondet Scævola, quamvis ob vim a promissore factam non solum commissa sit stipulatio, sed etiam eo nomine stipulator jam egerit: tamen factum heredis nihilominus recte re-

manere in stipulatione, ut scilicet et de eo etiam nunc ex eadem stipulatione agi possit,
4 † Id probat duobus argumentis; uno a majori ducto, altero ab absurdo. Prius tale est: si cum promissore semel actum esset ob vim ab eo factam, ac deinde iterum vim faceret, etiam ex ipius posteriore vi committeretur adversus eundem stipulatio. Quanto magis postea adversus heredem ejus ob vim ab eo factam committetur? Tolerabilius est enim eandem stipulationem adversus diversos committi, ut agatur semel tantum adversus singulos ob vim ab illis separatim factam; quam committi adversus unam eandemque personam sæpius, quamvis ob factum ejus diversa. Posse autem etiam ex ipsius promissoris posterioris posteriore vi committi stipulationem ita ostendit, *Non enim*, inquit, *ad unam vim pertinet*. Quasi diceret, si ex posteriore vi promissoris non committeretur stipulatio, oporteret eum ad unam tantum vim primam pertinere, id est, eo referri, ut ea tantum vis præstaretur: nunc autem ad unam vim non non pertinet, sed ad omnem, quæ postea facta erit: idque verba stipulationis non obscure demonstrant. *Nam sicut*, inquit, *et ipsius* (intellige promissoris) *et heredis caput*, id est, personam, *ita ipsius vim vel sæpius factam complectitur, ut con-*
5 *demnetur, quanti interest.* † Caput dixit persona, quomodo dicta sunt capitalia judicia, per quæ caput, id est, persona eximitur de civitate. *L.* 2. *infr. de pub. jud.* §. *cum autem*, *Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol.* et capite censi, qui ex persona sua censentur, non ex bonis. Continet stipulatio superior aperte ex promissoris et heredis personam: quoniam utraque verbis stipulationis est ex-
6 pressa. † Continet etiam ipsius promissoris vim vel sæpius factam: quia de vi ejus generaliter cautum est; ac verbo generali vis omnis continetur. *L. si servitus*, *supr. de ser. urb. præd. L. Mævius*. §. *duorum*, *supr. de leg.* 2. neque vero secunda vis, aut tertia
7 minus vis est, quam prima. † Addidit, *ut condemnetur, quanti interest*; ut intelligeretur ex posteriore vi promissoris committi stipulationem, non hoc sensu, ut ex ea vi agi possit non minus, quam ex priore, dum tamen agatur ex una dumtaxat: sed ita ut ex unaquaque agi possit separatim, et quidem cum effectu, id est, ita ut ex unaquaque condemnetur promissor, quanti stipulatoris interest eum factam non esse. Et hoc consequens est, si stipulatio vim omnem continet. Nam si stipulatio omnis faciendi præcipue quæ in non faciendo est, committitur in id, quod interest: *L.* 3. *supr. eod.* et hæc stipulatio committitur ob vim omnem, quam continet; necesse est intelligi committi eam in id quod interest unamquamque vim factam non esse. Non committitur autem, nisi eo nomine agi potest: nec ulla est actio, ex qua reus non potest condemnari. † Illa verba, *ita*
ipsius vis, vel sæpius facta complectitur, quæ 8
sunt in Pandect. Florentinis defendi possunt, *si quis complectitur* sic accipit, ut sit passivæ vocis, pro comprehenditur, et subaudiatur a stipulatione. Sed cum nullum nomen hic sit, quod subiiciatur verbo complectitur, præter id quod præcedit, nempe stipulatio, quod et ipsum jam duobus verbis præcedentibus eodem casu pariter adiunctum est: non potest salva ratione recti sermonis et huic tertio, quod continetur sequitur, aliud aptari, quam illud idem, ut dicamus; nam sicut utriusque personam, ita et vim promissoris vel sæpius factam stipulatio complectitur: quomodo et in aliis exemplaribus legitur: et recte. Alioqui oratio esit non cohærens; perturbata et generibus verborum et casibus: cum priora verba actionem significarint, posterius passionem. Casus diversi, illic *stipulatio*, hic *a stipulatione*. cum tamen hoc posterius nullo modo exprimatur. Ut omittam vix esse, apud idoneum aliquem auctorem reperiatur verbum *complectitur*, ita usurpari, ut passive significet. Sed si hæc nos non offendunt in verbis et structura orationis; quod propter sententiam in his mutemus, nihil est; Nam utrovis modo legamus, utraque lectione eadem sententia
exprimitur. † Hactenus prius argumentum 9
Scævolæ. Sequitur alterum in illis verbis, *aut si sic volumus*. Est autem hujusmodi: *si volumus*, id est, si interpretamur hanc stipulationem, *neque per te, neque per heredem tuum fieri*, sic factam esse, id est, in hanc sententiam, seu hanc sententiam habere, *ut ad unam vim primam teneat* (*teneat*, pro nos teneat, seu valeat; ut tenet actio, pro valet intentio, et nos tenet in *L. quæsitum. in pr. supr. de pecul. L.* 1. §. *quia autem, supr. quod leg.*) consequens erit, si promissor semel vim fecerit, quamvis ex ea vi nondum actum sit cum promissore; tamen amplius ex heredis vi stipulationem committi non posse, ne ad hoc quidem, ut ex ea potius liceat agere, quam ex priore. Nam si unam tantum vim eamque primam stipulatio continet, ex secunda vi stipulatio committi non potest. Consequens et illud, si ex priore vi promissoris cum eo actum erit, quasi ex ejus una vi totam stipulationem esse consumptam. Quorum utrumque absurdum est, et verbis stipulationis aperte repugnans.

Stipulatio enim omnem vim complectitur: ut dicendum sit secundum verba et conventionem ex omni vi eam committi posse, etsi quis ex una tantum agi posse concederet. Sed posterius præcipue absurdum videri debet, cum ex pluribus rebus in stipulatum deductis de una separatim actum est, quod fit, cum actum est de una vi promissoris, dici ea actione totam stipulationem de cæteris rebus, de quibus actum non est, esse consumptam. Quæ si falsa sunt, et illud falsum esse necesse est, unde consequuntur. Dicemus igitur, ut stipulatione superiore de omni vi promissoris et heredis ejus cautum est, ita stipulationem ob vim vel ab uno, vel ab utroque sæpius factam sæpius etiam committi, ut ob unamquamque condemnetur is, qui fecit, in id quod interest. 10 † Quid ergo, an stipulatio omnis, quæ in faciendo, aut non faciendo est, sæpius committi potest? nam de eo non in hac specie tantum, sed et in aliis quoque dubitari solet. Finge id quod præstari debuit, sæpius non præstari, aut adversus id, de quo cautum est, committi sæpius. Minime vero omnis faciendi stipulatio potest sæpius committi, sed de eo statuendum est ex eo, quod promittitur. Multum refert, una res, seu unius rei factum promittatur, an plura. Nunquam, una re promissa non præstita, amplius stipulatio committi potest, quam semel alioqui plures res peterentur, cum una tantum debeatur ex stipulatione. *L. venditor ex hereditate, supr. de her. vel act. vend. L. si ita quis stipuletur.* 63. *supr. eod.* Quod si plures res, plurave facta continebuntur, in singulas caussas, et singula facta committetur stipulatio in id, quod stipulantis interest. Exempla suppeditabunt cum alii loci, tum hi præcipue, hæc *L. si sic L. si procurator, infr. rem rat. hab. L.* 1. *§. habet autem, supr. usuf. quem. ca.* Sed committetur, inquam, in id, quod interest: quoniam interest stipulantis singula præstari. Quod si omnibus factis subjecta, erit pœnæ stipulatio, si quid factum non erit, aut si quid contra quam cautum est, factum fuerit, ut in compromisso, si qua in re paritum non sit arbitri sententiæ: quacunque in parte contra stipulationem factum erit, committetur quidem pœna, et quidem tota; sed semel commissa amplius committi non potest, ut de pœna ex compromisso debita scriptum est in *L. si duo §. ult. supra, de rec.* Nec dubium est, quin debeat ad cæterarum rerum stipulationes idem transferri: cum in omnibus omnium factorum stipulatione comprehensorum una pœna promissa sit, non plures. Et hæc, nisi actum sit, ut in singulas caussas toties pœna committatur, ut additum est *in d. L. si duo, in fin.*

Ad L. *Titia.* 134.

Paulus *lib. XV.* Responsorum.

Titia quæ ex alio filium habebat, in matrimonium coiit Gajo Sejo habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiæ desponderetur: et interpositum est instrumentum: et adjecta pœna, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset. Postea Gajus Sejus, constante matrimonio diem suum obiit: et filia ejus noluit nubere. Quæro an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit, ex stipulatione quæ proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam: quia inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.

SUMMARIA.

1. *Matrimonia metu pœnæ legibus non constitutæ inhoneste obstringuntur.*
2. *Ad matrimonia tam contracta retinenda, quam futura promovenda, etiam pœnæ legibus sunt comparatæ.*
3. *Pœna eorum, qui sponsalibus contractis futurum matrimonium sine justa caussa repudiant.*

Dixi, quod satis est, de hoc loco partim
1 ad *L. si stipulatio facta* 19. partim ad *L. generaliter* 26. *supr. eod.* † Tantum addam, quod hic generaliter dicitur in honestum visum esse vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta, de
2 pœna legibus non constituta dictum esse. † Cæterum et suas pœnas hic esse constitutas aut receptas legibus, cum ad retinenda quæ jam contracta sunt matrimonia, tum ad futura promovenda comparatas. Nam adversus injusta divortia certæ sunt pœnæ constitutæ. *L. consensu, C. de repud.* cujus generis pœnæ intelliguntur in *d. L. si stipulatio* 19. *supr.* cum dicitur in divortiis debere nos contentos esse pœnis legum. † Sponsa- 3
libus autem contractis, qui sine justa caussa futurum matrimonium repudiant, jubentur duplum arrarum sponsaliciarum restituere. Quod si convenerit inter sponsos, ut amplius restitueretur, etiam hæc conventio usque ad quadruplum admissa est *L. ult. C. de repud.*

Ad §. *Item respondit, plerumque.*

Definitionis hic traditæ exemplum appositissimum est in *L.* 4. §. *ult. supra de pac.* Licebit eodem referre speciem *L. triticum,* 94. *supr.* ut sententiam ejus loci interpretati sumus. Exceptionis subjectæ exemplum habemus in *L. si ita stipulatus.* §. *Chrysogonus, vers. sequens stipulatio, supr. eod.*

Ad §. *Idem respondit, cum Septicius.*

In specie facti licet dissimili, definitio tamen et sententia eadem, quæ exposita dictum est ad *L. sciendum* 30. *eod.*

Ad §. *Idem respondit, quotiens.*

Id sentit, quod ipse idem defendit apertius in *L. pen. infr. eod.* de utroque loco dictum est ad *L. scire.* 29. *supr. eod.*

Ad L. *Si ita quis promiserit.* 135.

Scævola *lib.* 5. Responsorum.

Si ita quis promiserit: *Decem tibi dabo qua die petieris, et eorum usuras in dies triginta*: quæro usuræ utrum ex die stipulationis, an ex die qua petita sors fuerit, debeantur. Respondit secundum ea quæ proponerentur, ex die stipulationis deberi: nisi aliud actum manifeste probaretur.

Item quæsitum est, quando pecuniam reddere debebo cum primum petierit. Respondit, verba quæ proponerentur, ex die quo stipulatio facta esset, initium capere.

SUMMARIUM.

1. *In promissione hac, Decem tibi dabo, qua die petieris, et eorum usuras in dies triginta, et sors et usuræ ex die stipulationis debentur.*

1 His verbis, *decem tibi dabo, qua die petieris, et eorum usuras in dies triginta*, existimari possunt usuræ non deberi, nisi ex die qua petita sors fuerit, quasi nec sors ipsa illo die adjecto ante deberetur. Sed recte respondetur, ex *die stipulationis eas*

deberi. Sive enim in his non intelliguntur repetita illa verba, qua die petieris, stipulatio usurarum pura est. Quod pure promissum est, præsenti die debetur. *L. eum, qui Calendis. §. ult. supr. §. omnis. Inst. eod.* sive intelliguntur eadem repetita; tamen id de conditione stipulationis nihil mutat. Quoniam ea adjectio, *qua die petieris*, neque diem neque conditionem habet. sed magis admonitionem quandam, quo celerius solvatur. *L. si decem, cum supr. eod. L. Titia* 65. *de cond. et dem.* Cui rationi consequens est, quod et de sorte ipsa subjicitur, non incipere deberi eam, cum primum stipulator petierit; sed jam ab initio stipulationis, et ut loquitur Scævola, obligationis verba ex die interpositæ stipulationis initium capere. Fieri quidem potest, ut hoc actum sit, ne ante deberi inciperent usuræ quam interpellatus promissor pecuniam non solvisset, eoque etiam pertinuerit ea adjectio, qua die petieris. Sed si promissor hoc convenisse dicet, quoniam verbis stipulationis non probatur, aliunde probare debet vel instrumentis idoneis, vel testibus.

Ad §. *Seja cavit.*

Seja cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam. Deinde incontinenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universam summam mandatur numeraret, et hortos acciperet. Quæritur, cum ante Kalendas Apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Sejæ solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiæ Titius solvere paratus fuerit, neque Seja accipere voluerit, et usque in hodiernum per Titium non stet quo minus reliquum solveret: an (si) nihilo minus Lucius Titius Sejæ universum pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit: Respondit posse, si non multo post obtulisset, nec mulieris quicquam propter eam moram interesset. Quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.

S U M M A R I A.

1. *Hypothesis in hoc §. proposita.*
2. *Duo in responso Scævolæ hoc loco statuuntur.*
3. *Pecunia in proposito secus, quam a Scævola hic statuitur, post diem oblata an locum habeat moræ purgatio.*
4. *Disputat de veritate prioris partis responsi Scævolæ.*
5. *Defendit posteriorem partem ejusdem responsi.*
6. *Objecta superius breviter repetuntur, ac diluuntur.*
7. *Locus de facti et juris quæstionibus.*
8. *Judicis officium differt ab officio Jurisconsulti.*
9. *Judicis cognitio in proposito quibus in rebus versetur.*
10. *Modicum tempus quodnam judicandum.*
11. *Disputationis præsentis utilitas.*
12. *Pacta in continenti facta stipulationi non inesse ad actionem. et n. 14.*
13. *In narrationibus facti a. consultoribus sæpe multa non multum ad rem pertinentia recitari exemplis declarat.*
15. *Moræ verbo non proprie hic usus Scævola.*

1 Seja mandante Lucio Titio hortos quosdam emerat suo nomine, et pecunia sua: utque empti erant, ita et ei suo nomine sunt traditi: unde et domina hortorum facta est; ut quamvis judicio mandati teneatur Titio, ut eos illi cedat: *L. si procuratorem §. mandati, supr. mand.* non tamen prius fiant Titii, quam si illa in eum dominum transtulerit. *L. si ex mandatu, supr. de acq. rer. do.* Id cum Titius vellet fieri, nec recu-

saret Sejæ transferre, dum pretium, quod de suo solverat, cum usuris reciperet, neque Titius haberet præsentem pecuniam; de ea translatione in futurum sibi prospexit stipulatione a Seja, et ab ea stipulatus est eorum hortorum proprietatem in se transferri, *cum pretium omne cum usuris ei præstitisset.* Cavit Seia, idest, stipulanti promisit hac conditione se translaturam. Si in ea stipulatione nihil postea immutatum esset pacto, non dubitaremus, an et quando ex ea stipulatione agi posset; stipulatio enim conditionalis est, ita concepta, *cum Seja pretium omne cum usuris a Titio recepisset;* quod valet, *si recepisset.* L. quodcunque, §. *non solum. sup. eod. L. si Titio. supr. quan. di. leg. ced.* Stipulationes conditionales tunc committuntur, cum conditio extiterit. §. *sub conditione. Inst. eod.* nec dubium est, quin hæc conditio, *si Titius pretium omne cum usuris solverit,* Titio quandoque pretium cum usuris offerente aut impleatur, aut pro impleta habeatur. Si Seja oblatum accipit, impleri conditionem certum est: si recusat, dum recte offertur, nihilominus habetur conditio pro impleta. *L. in executione, §. ult. supr. eod. L. jure. supr. de cond. et dem.* Ita manente superiore stipulatione, quandocunque Titius offerret pretium cum usuris, recta ex stipulatione hortos condiceret. Sed quod sequitur, controversiam fecit: convenit enim deinde inter utrumque *in continenti*, id est, statim et continentur, nulla alio actu interposito, *ut intra Calendas Apriles primas universam summam Titius mandator numeraret et hortos acciperet.* Is aut intra Calendas, ut convenerat, non numeravit universam pecuniam, sive quod in totum nihil solvit, sive quod partem dumtaxat. Nunc demum præteritis Calendis totam offert. Quæsitum est, an si Seja accipere recuset, possit Titius agere ex stipulatu: dum scilicet hoc dubitatur an posteriore conventione recessum sit a priore stipulatione, et hoc effectum, ut cum prius liceret Lucio Titio quandocunque solvere pretium hortorum, nunc solum liceat intra Calendas. Scævola respondet etiam post Calendas offerentem Titium ex stipulatu agere posse: sed his conditionibus: si non multo post offerat, nec mulieris quidquam propter eam mora intersit. Hoc responsum, si quod aliud Scævolæ, parum expeditam et sententiam et rationem habet, atque haud scio an multis satis cognitam: certe, quod res loquitur, parum vulgo explicatum: quo diligentius et quid velit, et quam id recte statuat, nobis considerandum videtur. Sed de
2 sententia prius videamus. † Et si recte scripsit Scævola, duo hoc loco statuere intelligitur. Unum; non obstare superiorem conventionem quamvis in continenti interpositam, quominus possit Titius suis illis conditionibus etiam post Calendas pretium cum usuris offerre, et hortos ex stipulatu petere. Alterum; si quid eorum, quæ in conditione posuit, desit, idest, si aut Titius multo post Calendas pretium offerat, aut mulieris jam interesse cœperit, quamvis statim; frustra pretium offerri, et jam amplius ex stipulatu agi non posse. Ac de priore sententia dubitari non potest, cum diserte verbis expressa sit: de posteriore potest, et quidem ea a quibusdam non recipitur; nec abs re omnino, ut videtur. † Quid enim, si multo 3
quidem post Calendas Titius offerat, sed nihil intersit Seiæ pretium ante solutum non esse? Quid, si intersit, sed Titius una cum pretio et usuris etiam id quod interest ei offerat? an non est æquum cogi Sejam pecuniam accipere, et admitti moræ purgationem, quæ sine detrimento ejus contingat? Et vero id ita faciendum esse dixeris: Nam moram prius factam certi juris est purgari posse postea offerendo: utque eam quæstionem placet esse de æquo et bono; ita quoties sine damno adversarii ea purgari potest toties æquum est purgationem admittere. *L. si servum. §. sequitur. supr. eod.* Quamobrem ut dixi, id etiam quidam in hac specie admittendum esse putaverunt, qui ita scripserunt de sententia hujus loci, ut dicerent oblationem hic factam post diem Titium excusare, eique præbere actionem ex stipulatu, qua hortos condicat: dummodo damnis Sejæ, si quæ senserit ob moram, satisfaciat. Significantes, si nihil damni senserit Seja, nihil esse impedimento, quominus pretium cum usuris quandoque offerendo purget moram: si senserit, etiam tum moram purgari posse postea dum hoc damni quidquid est, sarciatur. Sed longe alia significatio est verborum Scævolæ; quæ quidem ita perspicue scripta sunt, ut non tam attentionem et prudentiam, quam intelligentiam sermonis in lectore desiderent. Ait enim *ex stipulatu agi posset;* addita conditione, *si non multo post obtulisset.* Frustra addidit conditionem, si quandoque post Calendas licuit offerre, et ex stipulatu agere: cum dici debuisset agi posse simpliciter sive Titius multo post obtulisset, sive statim postea. Quid dico autem Scævolam adjecisse conditionem? Imo cum prius generaliter dixisset agi posse; non tam conditionem addit postea, quam exceptionem, *si non*, idest, *nisi multo post obtulisset:* qua exceptione id quod prius

dixerat, corrigere eum apparet: neque potest id facere, nisi hoc statuat, si Titius multo post obtulerit, eum ex stipulatu omnino agere non posse, ut prius definierat. Addidit etiam Scævola hanc alteram sive conditionem, sive exceptionem; *nec mulieris quidquam propter eam moram interesset.* Si ex priore conditione hoc dicere intelligitur, Titium ex stipulatu agere non posse, si multo post Calendas offerat; consequens est ex posteriore quoque hoc eum dicere intelligi, nihilo magis posse Titium ex stipulatu agere, si quo modo mulieris intersit pecuniam intra Calendas datam esse, quantumvis illi statim post Calendas obtulerit; quoniam utraque conditio ad unum idemque responsum temperandum corrigendumve pariter refertur. Non obstat, quod dicitur moram quandoque purgari posse postea offerendo. Id enim hanc conditionem habet, quod sine damno adversarii fiat: neque enim potest oblatio sequens jus alienum minuere, ut docuimus ad dictam *L. si servum. §. sequitur, sup.* Proinde id ad hanc speciem non pertinet. Quid enim, si superiore conventione id actum est, ut post Calendas pretium offerra non liceret Titio, nisi offerretur non multo post, nec mulieris quidquam interesset? consequens erit, si non offertur his conditionibus, acquiri exceptionem Sejæ ad pecuniam postea oblatam non accipiendam, eoque ad hortos retinendos. Hæc exceptio invitæ extorqueri non potest. *L. ult. sup. de pac.* omninoque, ut eum mora promissoris pœnæ actionem dedit stipulatori, hic mora ab illo purgari non potest, quo actionem stipulatori quæsitam ei auferat; *L. magnam, C. de cont. et com. stip. L. trajecticiæ, supr. pr. tit.* sic ne tum quidem a stipulatore admittetur moræ purgatio, cum ea erit, quæ auferat exceptionem adversario partam. Atqui hoc sentit Scævola superiore conventione id effici, ne aliis, quam supra scriptis conditionibus liceret pecuniam post Calendas offerre. De quo paulo post plura suo loco. Quo fit, ut pecunia secus oblata, hic moræ purgatio locum non habeat. Quapropter de sententia loci tenebimus id, quod supra posui, ut prius sine hæsitatione hic statuitur, in specie nimirum proposita aliquando agi posse ex stipulatu pretio etiam post Calendas oblato; sic et de posteriore dubitari non debere, agi non posse duobus temporibus, si aut offeratur pecunia multo post, aut statim quidem, sed tum, cum jam mulieris propter moram a Titio facta intersit. Sententia verborum cognita, quam recte et vere utrumque dicatur, videndum est. Et tale est, quale supra dixi, idest, ejusmodi, cujus ratio parum sit expedita. Nam prius per se falsum videtur: posterius si per se posset verum esse, tamen priore posito videtur everti; ut sic non videatur responsum ipsum posse consistere. † Ait Scævola post hanc conventionem in continenti interpositam, ut omnis pecunia intra Calendas detur, quamvis intra eum diem numerata non sit, posse Titium nihilominus ex stipulatu agere, et hortos petere. Si suprascripta stipulatione horti prumissi, sunt Titio hac condione, si pretium omne cum usuris intra Calendas numerasset; perspicue falsum est. Quod enim sub conditione promissum est, nisi conditio exstiterit, ut non debetur, sic nec peti potest, *§. sub conditione, Inst. eod. L. cedere, infr. de ver. sig.* Dubium autem non est, quin huic conditioni, si Titius pretium omne intra Calendas numeraverit, ita pareatur: non si pretium omne quandoque numeratum sit a Titio, sed si numeratum sit intra Calendas datum non sit, statim deficit conditio, licet postea offeratur quantumvis statim: quidquid enim offeretur postea, et quandocunque offeretur, semper verum erit intra Calendas datum non esse, ut conditio exigebat. *L. Celsus. supr. de arb.* usque adeo, ut si cui libertas relicta sit, si rationes intra Calendas reddidisset, placeat eum non pervenire ad libertatem, si per eum steterit, quominus intra præscriptum tempus conditioni pareret, licet postea velit rationes reddere. *L. Thais. §. intra, supr. de fid. lib.* Atqui superioris conventionis in continenti interpositæ vis hæc esse videtur, ut intelligatur stipulatio hortorum renovata esse, et pro conditione indefinita, si Titius pretium omne cum usuris reddidisset, quam conditionem ab initio habuit, hanc accepisse, si Titius pretium omne cum usuris intra Calendas reddidisset. Proinde in hac quoque stipulatione hoc jus erit, ut omni pecunia intra Calendas non numerata, ut hic contigit, postea Titius ut conditione defectus ex stipulatu agere non possit, sive omnem pecuniam offerat multo post, sive statim. Accepisse autem stipulationem priorem ex conventione hanc conditionem, si intra Calendas pecunia omnis numerata esset, effici videtur illa sententia veterum, quæ usurpatur a Paulo in *L. lecta, supr. si cer. pet.* pacta in continenti facta stipulationi inesse: cujus eodem auctore Paulo, *in ver. dicebam, eod. L.* hic est sensus, ut pactum stipulationi subjectum, si in continenti factum sit, sic habeatur, quasi pars esset prioris stipulationis ac secundum id videatur, jam a principio concepta esse stipulatio. Quid autem efficeret 4

conventio superior, si stipulationi præcedenti hoc modo inesset? ut Titius videlicet ad conditionem implendam deberet omnem summam numerare intra Calendas, quoniam de pecunia ita numeranda convenit. Quare superiori sententiæ conveniens est, ut hoc quoque loco sic conventio accipiatur, idque efficiat. Nihil ad hoc expediendam valet, quod quidam dicunt, pacta quamvis in continenti facta stipulationi non inesse ad actionem. Concedo hoc ita esse, et vero per se verissimum, ut satis demonstrasse videor ad *L. in bonæ. C. de pac.* ac quam recte contra scripserit hoc loco Accursius, et quam dextre ex hoc loco id colligat, postea in extremo ostendam. Ego autem plus etiam hic largiar: volo enim (etsi falsum est) conventionem de qua agitur, ne ad defensionem quidem stipulationi inesse, ut prosit Sejæ, dum horti ab ea petuntur. Quid horum utrumque ad objectionem explicandam pertinet, si nihil affertur aliud? Non enim de eo nunc agitur, an insit ad actionem, aut defensionem: satis est ad responsum Scævolæ refellendum, si dici possit inesse conventionem ad conditionem prioris stipulationis renovandam, et hoc efficiendum, ut dies conventione dictus etiam stipulationi insertus intelligatur. At hoc ita esse nunc dicimus, in eamque sententiam dictum esse illud, pacta in continenti facta stipulationi inesse, ut Paulus ipse interpretatur. Sunt, qui concedant conventionem quæ nunc proponitur, eoque et diem conventiona comprehensum stipulationi inesse videri juxta superius illud dictum veterum: verum non inesse ex conceptione verborum, sed ex quadam juris interpretatione: ex quo effici volunt, conditionem stipulationis proprio nullum diem continere. At Paulus ait sic pacta in continenti facta inesse videri, ut secundum eorum formam intelligatur renovata esse prior stipulatio. Deinde an conditio non inest, quia inest juris interpretatione? Imo hoc ipso inest maxime, quia jus inesse interpretatur. Nos autem dicemus neque conventionem proposita inesse superiori stipulationi: et si inesset, non tamen posse inesse ad conditionem prioris stipulationis mutandam, de quo nunc quæritur. Et ut primus hic attingam, magis ut errori communi in eo occurratur, quam quod ad locum expediendum sit necesse: inesse stipulationi est, stipulatione contineri. Ut cum dicimus exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, *L. 3. supr. de res. vend.* hoc dicimus bonæ fidei judicio contineri, etiam si nominatim in judicium deductæ non sint a reo, cum lis contestatur. *L. hujusmodi*, §. *qui servum* *sup. de leg.* 1. Non potest autem conventio hoc modo inesse stipulationi, nisi sit pars stipulationis. Nec vero potest pars esse, aut etiam valere jure stipulationis, nisi et ipsa intelligatur in stipulationem deducta. Ut in proposito, si volumus conventionem de tota summa Sejæ intra Calendas danda secutam inesse stipulationi priori, quæ de hortis Titio præstandis contracta est: perinde habebitur conventio, ac si pecuniam, de qua convenit, stipulata esset Seja sibi intra Calendas dari, ut sic eam stipulationis jure petere posset a Titio. Hoc vero conventione quamvis statim secuta effici non posse contendimus. Cum enim stipulatio conficiatur verbis, ac sine his nulla sit: non potest videri stipulatione contineri ulla res, de qua præstanda verbis stipulationis cautum non sit *L. quidquid, supra eod. L. 1. C. de usur.* At de pretio hortorum cum usuris Sejæ præstando nihil stipulatione cautum est. Fuit quidem pretium in conditione, si id solutum esset Sejæ: sed non ideo promissum, neque omnino ex ea conditione obligatur Titius, ut quidquam det Sejæ: quoniam conditio nihil statuit, sed pendet aut ex Titii voluntate, aut ex casu. *L. si quis sub conditione, sup si quis omis. cau. test.* Proinde nec conventio de ea pecunia præstanda in stipulationem priorem deducta potest videri, eoque nec ei inesse. Sed et illud fieri non potest, ut cum duæ sunt stipulationes distinctæ, et separatæ, una alteri insint, seu una alteram contineat; tum enim inesse dicitur aliquid stipulationi cum una est stipulatio pluribus rebus constans, ex quibus est illud, quod ea contineri dicimus. Atqui si conventionem hic secutam sic accipimus, ut ea intelligatur deducta in stipulationem præcedentem, incipient necessario duæ esse stipulationes maxime diversæ et separatæ; ut pote maxime diversarum rerum et diversorum reorum: una de pecunia Sejæ danda, in qua Seja stipulatur, promittit Titius: altera de hortis Titio reddendis, in qua e converso stipulatur Titius, promittit Seja, stipulationes non tantum diversæ, sed etiam prope contrariæ: ut plane absurdum sit dicere unam esse partem alterius, seu alteri inesse, etiam si quis priorem conventionem semper conventionem manere, nec transire in stipulationem concederet. Nam quod dicitur pacta in continenti facta inesse stipulationi, etsi a Paulo dicitur generaliter; tamen quia in certa specia pacti dicitur, et ad eam accommodatur, res cogit fateri sic accipiendum esse, quasi dictum esset pacta ejusmodi, cujusmodi est id, quod apud Pau-

lum proponitur, stipulationi inesse. Ut intelligamus ea pacta, quæ fiunt de ea re ipsa quæ in stipulationem deducta est, pertinentque ad minuendam obligationem, dum de ea re aliquid detrahitur conventione, vel adjicitur dies, aut conditio stipulationi: aut pertinent quidem ad augendam obligationem non tamen ut promittatur aliud, quod prius stipulatione cautum non erat, sed ut dies vel conditio stipulationi inserta detrahatur. Hæc insunt stipulationi, quia possunt: potest enim his subjectis stipulatio prior sic accipi, quasi in eorum sententiam stipulatio jam ab initio esset concepta, non repugnante stipulationis natura, sed maxime consentiente secundum ea, qua diximus ad *L. 1. §. si quis simpliciter, et seq. supr. eod.* De his autem pactis accipi non potest, quæ fiunt de alia re, quam quæ cauta erat stipulatione. Contraria de caussa, quia hæc non possunt stipulationi inesse, refragante nimirum natura stipulationis, quæ non patitur, ut quidquam insit priori stipulationi, quod nec verbis ejus, nec sententia continebatur. Demus tamen conventionem hic propositam inesse stipulationi, ut pars sit ejus, et jure stipulationis valeat. de quo quia ad rem non pertinet, nunc valde non laborabimus. Ac de eo plura scripsimus ad *L. lecta, supr. si cer. pet.* et ad *L. in bonæ, C. de pac.* Aio etsi inesset, ut valeret ipsa per se. et actionem pareret Sejæ: tamen etiam secundum superius illud dictum veterum non posse eam inesse ad conditionem stipulationis innovandam: quod satis est, ut probetur etiam post illam conventionem mansisse stipulationem hortorum integram, eoque et post Calendas secundum verba stipulationis pecuniam offerri Sejæ, et ab ea hortos peti posse, id enim fieret, si conventio non esset secuta. Et cum dicitur pactum in continenti factum inesse stipulationi, opinor hoc omnes dici intelgunt, ipsum tale inesse, quale est: proinde et tantum efficere in stipulationem, quantum continet, non amplius: Nam amplius si eo effici vellemus, recte diceretur hactenus non id quod convenit, idest, pactum stipulationi inesse, sed aliud: Pactum autem inesse volumus, non aliud. Quid autem continet hæc conventio, ut universam pecuniam intra Calendas Apriles mandator numeret, et hortos accipiat? Hoc secundum verba, non solum ut Titius intra Calendas pecuniam numeret, sed etiam ut postea: similiter et in hortis non solum ut eos accipiat ipse intra Calendas, sed etiam postea. Conventio enim est in diem. Quod autem in diem promittitur, non solum post diem deberi non desinit, sed tum maxime incipit deberi: unde et tum dicitur dies obligationis venisse. Quo significatur eum diem venisse, quo pecunia peti potest: eum ante cessisset tantum dies, nondum venisset, idest, cœpisset deberi pecunia, sed nondum posset peti. *L. cedere, infr. de ver. sig. §. in diem, Inst. eod.* Et breviter ex superiore conventione Titius pecuniam in diem dare debet. Proinde et hanc quoque cum dies venerit, debebit dare, et quia debet, etiam dando, idest, solvendo quod debet liberabitur, *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Eidem illi quia horti debentur in diem, ideo et post diem ei dari debebunt ex conventione. Quod si ita est, consequens est superiore conventione non effici, ut horti dentur Titio sub conditione si ipse intra Calendas Apriles universam summam numeraverit: hac enim conditione adjecta non posset Titius ad conditionem implendam numerare pecuniam post Calendas: et simul conditione defectus non posset ex conventione hortos recipere: quæ sunt conventioni propositæ contraria. Quod si in conventione nulla hujusmodi conditio est ad hortos recipiendos, conficitur, ubicunque ea conventio inerit, ibi eam non posse efficere conditionem, quam ipsa non habuit. Non negem equidem posteriore pacto in continenti facto conditionem stipulationi injectam videri, si convenisset, ut Seja hortos daret Titio, addita nominatim hac conditione, si pecunia omnis intra Calendas data esset. Id enim probandum est, si pacto in continenti secuto perinde haberi debet, quasi stipulatio præcedens secundum id a principio concepta esset; quod Paulum sentire diximus, cum ait pacta in continenti facta stipulationi inesse credi. Sed cum non sit ulla conditio in proposita conventione, non potest, ut dixi, stipulationi injicere, quod non habuit. Sit igitur hoc jam constitutum, conventione posteriore quamvis in continenti secuta, ut quidem ejus verba sunt, non esse mutatam priorem stipulationem ne ad conditionem quidem: ut consequens sit, etiam post Calendas posse Titium Sejæ universam pecuniam offerre jure stipulationis, et hortos ab ea ex stipulatu petere. Sed videamus, ne hoc constituto hic nobis eveniat, quod proposui, ut dum priorem partem responsi Scævolæ superiore ratione defendere conamur, hac ipsa ratione posteriorem amittamus. ✝ 5

Ait Scævola, si pecunia post Calendas offeratur vel multo post, vel cum jam interesset Sejæ, ex stipulatu Titium agere non posse. Atqui si conventio posterior stipulationem non mutavit, ut diximus: licebit Titio etiam nunc pecuniam offerre quandoque, id est, non tantum ante Calendas, sed etiam post

Calendas, et quidem post Calendas ita, ut nihil intersit, statim offerat, an multo post; nihil intersit Sejæ, an quid intersit: hoc enim juris foret ad conditionem stipulationis implendam, si in suo statu mansisset stipulatio, nec ulla conventione esset mutata. Conditio enim hæc fuit, si Titius pretium omne cum usuris dedisset sine ulla præfinitione temporis: hujusmodi conditiones, quæ in potestatem creditoris conferuntur, etiam ultimo vitæ spatio impleri possunt. *L.* 6. *supr. de her. inst. L. ult.* illic, *argumentoque est, supr. de cond. inst.* Argum. in *L. ita stipulatus, supr. eod.* Et certe in proposito quandocunque Titius pretium omne cum usuris dederit, semper verum erit, id eum fecisse, quod conditio exigebat: is autem implet conditionem, qui id fecit, quod est in conditione. *L.* 2. *sup. de cond. et dem.* De quo si dubitaretur in conditionibus testamento adscriptis, ut dubitari solet propter *L. hæc conditio* 29. *supr. de cond. et dem.* attamen in contractibus de eo non deberet dubitari. Nam cum conventiones eo spectent, ut unusquisque paciscendo sibi caveat, et jus scriptum sit vigilantibus: *L. pen. in fi. sup. quæ in fraud. cred.* non debet cuiquam adimi, de quo verbis conventionis aperte sibi caverit, sive specialiter id factum sit, sive verbis generalibus. Ideo etiam in stipulationibus si quis quid verbis generalibus stipulatus sit, placuit non esse ferendum promissorem, si quid excipiat, et se dicat de eo non sensisse. *L. quidquid supra eod. L. non est, supr. de transact.* Quo fit, ut qui sibi hortos stipulatus est, si eorum pretium daret, quoniam in facultate dandi nullum tempus excipit, is quandoque dando conditioni pareat, et sibi ex stipulatu acquirat actionem. Denique videamus, ne ex distinctione Scævolæ res incidat in difficultatem inexplicabilem. Aut enim conventio post secuta mutavit conditionem stipulationis, et ei injecit diem Calendarum, aut non mutavit. Si diem adjecit, et Titius intra præstitutum diem non dedit, conditione deficitur, eoque omnino post Calendas ex stipulatu agere non potest. Si conditio non est mutata, manet facultas implendæ conditionis, quæ prius fuerat, ut possit Titius, quandiu vivit, conditioni parere: quod dum facere potest, poterit etiam post Calendas quandoque ex stipulatu agere. Nec obstabit conventio, quæ et ipsa postea dandi potestatem dedit, ut supra ostendimus. Et fatendum est, si verba conventionis tantum spectentur, non etiam mens contrahentium, dici debuisse non effecisse hanc conventionem, quominus pecunia etiam post Calendas Apriles recte offerretur Sejæ, cum enim promittatur pecunia in diem, intelligendum est pecuniam etiam post diem perpetuo deberi; quod si debetur, efficit regula juris, ut possit Titius etiam ex conventione eam quandoque post diem solvere; Sic enim regula juris est, solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl. in prin.* Secundum quam non quæremus, utrum solvatur pecunia post Calendas statim, an vero multo post, cum semper debita offeratur; neque an intersit Sejæ propter Titii moram, an non intersit; cum etsi intersit, non tamen fecerit mora, quominus pecunia semper deberetur. Plus dico, etsi intersit Sejæ pecuniam sua die datam non esse, tamen non eo minus posse Titium pecuniam offerre quandoque post Calendas ad actionem ex stipulatu acquirendam, etiam si Sejæ non offerat, quod ita ejus interest: satis est enim ad acquirendam actionem, si pareatur conditioni stipulationis; pareatur autem, si pretium cum usuris offeratur Sejæ, etiam si nihil aliud accesserit: quoniam illa tantum duo erant in conditione. Sed etsi pretium ex conventione dari deberet, non ex conditione: tamen mora in eo dando facta, non ideo deberetur Sejæ id quod interest: In obligationibus enim dandi solum res promissa in obligationem venit, non etiam id quod interest eam suo tempore datam esse. Argumento est, quod nec fructus rei promissæ post moram veniunt. *L. videamus.* §. *si actionem, supr. de usur.* Atque hæc, inquam, ita sunt, si verba tantum conventionis spectentur, quæ id solum continet, ut pecunia detur in diem: ut autem post diem non detur, non exprimunt. Quinimo ut detur etiam post, efficiunt, ut est natura omnium in diem obligationum: in quibus adjectione diei id agitur, ut cum dies venerit, tum maxime debeatur pecunia, et peti possit. Sed mentem et sententiam contrahentium spectavit Scævola, id est, id quod actum est: quod in omni conventione sequimur. *L. eum, qui Calendis supr. eod.* Atque id actum esse in hac conventione est interpretatus, non simpliciter ut Titius universam pecuniam daret Sejæ intra Calendas quod, si longius non progredimur, inutile fuit Sejæ: sed ut si vellet Titius eam dare conditionis implendæ caussa, ut ex stipulatione facere potuit, hanc daret intra Calendas: intra Calendas, inquam, non postea: ut hoc intelligatur non dandæ pecuniæ, sed conditioni implendæ præstitutum tempus: sic tamen, ut quod dictum est id actum esse, ne post

Calendas liceret dare, sic accipiendum sit, nisi hoc sine ullo incommodo et molestia fieret. Quod ita contingit, si illa concurrant, quæ Scævola posuit, id est, si et non multo post Titius offerat, et propter ejus moram nihil mulieris intersit. Quæ et vera sunt, et regulis juris, quæ sunt de interpretatione ambiguæ vel obscuræ conventionis, consentanea. Dico hac conventione id actum esse, ne pecunia daretur post Calendas conditionis implendæ caussa, et tanquam actum sit, ex regulis juris certis accipi debere. Nam hæc conventio, intra Calendas dari, ambigua est. Potest enim interponi acquirendæ obligationis caussa, hoc sensu, ut pecunia dari deberet et ante et post Calendas; verum ita, ut deberet ante Calendas si Titius vellet, postea autem ita, ut etiam necesse haberet dare. Potest etiam adjici præcedentis conditionis de pecunia danda temperandæ caussa, et ita accipi, quasi dictum esset; ut pecunia de qua in conditione stipulationis comprehensum est, dari deberet intra Calendas tantum ad conditionem implendam, non postea. In ambiguis id actum esse existimandum est, certe tanquam actum accipi præcipiunt regulæ juris, quo fit, ut conventio aliquid egerit, rejecto eo, quo fiat, ut sit inutilis. *L. ubi, supr. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus, supr. eod.* Atqui si Seja hic paciscitur pecuniam universam dari intra Calendas, dum hoc solum agitur, ut debeat dari et maxime post Calendas: inutilis est conventio. Sive enim eam pecuniam aliquo modo consequi volebat; non fuit opus nova pactione, ac ne stipulatione quidem: cum ad eam consequendam haberet propriam actionem, nempe mandati contrariam. *L. si vero, §. contrario, L. si quis alicui, §. impendia, supr. mand.* sive id agebat, ut de pecunia denuo sibi caveret, et nanciseeretur actionem novam, frustra ad eam rem conventionem adhibuit citra stipulationem, in quam conventio deduceretur; quoniam ex pacto nudo, qualis hæc conventio est, non nascitur actio. *L. legem, C. de pact.* Nec ad rem pertinet, quod conventio stipulationi ex continenti subjecta est: non enim ideo confirmatur, et actionem parit ea, quæ non inest stipulationi, ut docui ad *L. in bonæ, Cod. de pac.* quem locum et paulo ante obiter attigi. Cavendum igitur, ne hoc modo conventionem interpretemur, si alio potest accipi, qua sit non inutilis. Hoc vero efficitur, si id actum esse intelligimus, ut pecunia daretur tantum intra Calendas ad conditionem stipulationis implendam. Nam cum prius cogeretur Seja ex stipulatione exspectare, quandiu Titius vivit, dum lite conditioni pareret, et ita de jure hortorum incerta esse, dum pendet, an ille ex stipulatu hortos auferat, necne: nunc consequitur posteriore hac conventione, ne exspectare cogatur ultra Calendas Apriles: post quod tempus ei jus et proprietas hortorum confirmatur, ut jam de illis sine metu prioris stipulationis possit statuere. Hoc autem caveri illi utile. Proinde in hanc sententiam conventio accipienda est, ne frustra contrahentes de pecunia intra Calendas danda convenerint: quorum hic semper animus esse creditur, ut aliquid agerent. Et tamen quoniam hoc verba conventionis non significant, sed totum pro commodo et utilitate Sejæ ita accipitur: eo fit, ut habita hujus ipsius commodi ratione, et inde conjectura voluntatis ducta, recte interpretetur Scævola superiore conventione actum esse, ne post Calendas Titio pecuniam offerre liceret cum hac exceptione; nisi non multo post offerret, et nihil interesset mulieris propter moram Titii. Propterea quod cum hæc concurrunt, nullum incommodum est mulieris post Calendas offerri, eoque et secundum sententiam contrahentium æquum admitti. Nam cum aliunde non intersit Sejæ, certum est magnum damnum non esse in mora modici temporis. *L. si debitori, supr. de judic.* Hinc distinctio Scævolæ, quam supra posuimus: cui quam constet ratio, jam ex his potest intelligi. Sic igitur ea se habet: Si post Calendas Apriles universam summam offert Titius his conditionibus, quas modo commemoravi, recte offert, et implet conditionem stipulatione comprehensam: hoc modo enim licuit ei ex stipulatione implere: hæc illi potestas conventione posteriore non est adempta, neque verbis, neque sententia, ut ostendimus. Cui consequens est, quod de actione ex stipulatu respondet Scævola, Titium nimirum quamvis post Calendas universam pecuniam offerentem his conditionibus ex stipulatu agere posse. Hoc enim juris est ex conditionali stipulatione postquam conditio est impleta: hic autem supra scriptis conditionibus impletam esse diximus. Contra vero si aut jam quid interest Sejo pecuniam Calendis datam esse, aut cum nihil ejus intersit, tamen multo post Calendas pecunia offertur: frustra offertur ad conditionem implendam: quia id conventione actum est, ne his modis offerre liceret post Calendas, quod esset ea oblatio cum aliquo incommodo Sejæ conjuncta. Priore quidem casu, quia jam damnum sensisset ex mora Titii. Posteriore autem, quia et dilatio pecuniæ debitæ, et incertitudo juris

nostri longior non solum molesta, sed etiam plerumque damnosa esse consuevit. Ut autem conventione actum est, ne his conditionibus Titio liceret post Calendas pecuniam offerre: ita dicimus hanc vim esse conventionis, ne postea ita offerendo Titius impléat conditionem, sive quis conventionem stipulationi inesse dixerit ut in continenti factam, sive non inesse. Si inest, dicendum est perinde esse, ac si horti ab initiȯ stipulatione ita promissi essent, si pretium omne cum usuris Seja a Titio intra Calendas recepisset: sic enim interpretatur inesse Paulus in *d. L. lecta, vers. dicebam, supr. si cer. pet.* Quod si fit, certum est quod supra dixi, cum intra Calendas universa pecunia non numeratur, etiam secundum verba stipulationis deficere conditionem. *L. Celsus, supr. de rec. L. Thais, §. intra, supr. de fid. lib.* Hactenus autem conventionem propositam stipulationi inesse, et in ea hoc efficere, ut ex ejus conditione pretium omne cum usuris intra Calendas offerri debeat, consentaneum est dicto illi veterum, pacta in continenti facti stipulationi inesse credi. idque ipsum admittendum puto, eoque pertinere, quod proponitur hoc loco hæc conventio in continenti interposita: neque enim temere est, quod nominatim id adjicitur. Atqui etsi eam conventionem isto modo quis dixerit stipulationi non inesse (neque enim ab omnibus veteribus dictum illud receptum est, ut Paulus refert in *d. L. lecta, vers. pactum, et seq.*) attamen conventione de implenda conditione stipulationis idem efficitur. Tantum hoc interest, quod cum stipulationi ipsi inest conditio, si detur intra Calendas, conditio post Calendas natura impleri non potest, sive Seja pecuniam oblatam accipiat: sive non accipiat: quia semper verum erit intra Calendas datam non esse. Cum autem convenit extra stipulationem, ut Titius intra Calendas tantum pecuniam dare posset implendæ conditionis caussa: nihilominus hic potest conditio stipulationis natura impleri: implebitur enim secundum verba stipulationis, si Seja oblatam post Calendas pecuniam volens accipiat. Quod si recuset accipere, ut de invita hic agitur; non magis implebitur conditio, quam si ipsa conditio stipulationis diem Calendarum accepisset. Ut enim nihil aliud tribuat Sejæ hæc conventio; attamen certi juris est ei tribuere saltem exceptionem, ne post Calendas oblatam pecuniam accipere cogatur, quæ vis est omnium pactorum. *L. juris gentium, §. sed cum nulla, supr. de pac. L. in bonæ, C. eod.* Quod si non cogitur, fit, ut illa recusante primum non impleatur conditio, ubi re vera pecunia non numeratur; tum vero nec habeatur pro impleta, ubi per Sejam non stat, quominus impleatur. *L. jure, supr. de cond. et dem.* non enim dici potest per eam stare, quæ propter conventionem juste recusat. *L. sciendum supr. de usur. L. qui decem, infr. de solut.* Unde rursum consequens, quod de hac parte Scævola significat, Titium videlicet his casibus tanquam conditione stipulationis non impleta ex stipulatu agere non posse. Ex his, puto, intelligi potest, non solum quam recte cohæreat prior pars responsi cum posteriore: sed etiam quam nihil utrique obstent ea, quibus homines etiam docti in hoc responso impediri solent. † Dicitur, cum quid promis- 6 sum est sub conditione, si stipulator intra Calendas decem daret, nisi intra Calendas dederit, ex stipulatu agi non posse, quantumvis statim post offerat. *d. L. Celsus, supr. de rec. dict. L. Thais. §. intra, supr. de fid. lib.* Id ipsum maxime confirmatur hoc responso. Nam et tunc, cum actum est conventione, ut liceret tantum intra Calendas dare ad conditionem implendam, ibi idem servantes dicimus nec post Calendas pecuniam omnino offerri posse, ut conditio impleatur. Quod si quando placet offerri eam posse post Calendas, id illic receptum est, cum et illud actum est, ut posset et post Calendas offerri. Dicitur, quod intra diem præstitutum datum non est, in eo jus esse et post Calendas moram purgare postea idem offerendo. *L. si servum, §. sequitur, supr. eod.* Id hactenus verum est, ut et jam supra initio respondimus, dum oblatio jus adversarii non minuat. Itaque si hic nihil aliud esset, quam Titii mora in eo, quod pretium intra Calendas Sejæ non dedit, nihil esset impedimento, quominus postea pretium offerendo moram emendaret. Sed ad moram ejus hoc accessit, ut pretio intra Calendas non dato deficeret conditio stipulationis, aut certe propter exceptionem Sejæ quæsitum non posset impleri. Qua ex re hoc consequitur, ut actionis metu, quæ alioqui ex conditionali stipulatione nata esset, liberetur. Hæc liberatio illi semel parta invitæ auferri non potest *L. ult. supr. de pact.* Dicitur etiam, cum quid promittitur in diem, et si non datum non esset, adjicitur pœna, eo quod promissum erat intra præstitutum diem non dato sic committi pœnam, ut nulla rei promissæ oblatione possit postea evitari *L. trajecticiæ, supr. pœn. tit. L. Celsus, supr. de rec.* Sed et hoc aut non pertinet ad hunc locum, aut si quid pertinet, maxime consentit cum

hoc responso. Qnatenus enim in proposito id agitur ronventione, ut post Calendas pecuniam offerre liceat, ibi ut conventio pecuniæ dandæ diem Calendarnm constitutum non habet, ita ob eandem caussam nec pecunia intra Calendas non data, pœna committitur, ne hortos Titius accipiat. Ut appareat responsum hac parte ad superiorem definitionem non pertinere. Quibus autem casibus hoc agitur, ne liceat pecuniam offerre post Calendas, admitto etiam huic conventioni adiunctam esse pœnam, ut si Titius pecuniam intra diem suum non dederit, ne hortos, accipiat. Qui enim ita dicit, accipies hortos, si intra Calendas decem dederis, hoc dicere intelligitur, si intra Calendas non dederis, non accipies. *L. quibus*, §. *quidam Titio*, *supr. de cond. et dem.* Quod si ita est, fatendum est saltem hac parte speciem hujus loci ad superiorem definitionem referri. Sed non est metuendum, ne hic definitio adversetur, cum plane in eandem sententiam hac parte Scævola respondeat: statuit enim pecunia intra Calendas non data, manere his casibus pœnam conventione constitutam, ut quamvis Titius postea pecuniam offerat, non possit tamen ex stipulatu agere.

7 † *Quod omne ad Judicis cognitionem remittendum est.*) Omne dicit, non ut contineatur illud, quod respondit ex stipulatu agi posse; de quo enm ipse certo responderit, inepte id ad alterius cognitionem remitteret: sed ut intelligantur conditiones illæ, quas addiderat, *si non multo post Titius obtulisset*, *nec mulieris quidquam propter eam moram interesset.* An, inquam non multo post obtulerit, et an mulieres nihil intersit, propter quæ dixit agi posse pecunia intra Calendas non numerata, id omne ad Judicis cognitionem remittendum est. Quod adiecit, dum vult intelligi se de his ideo nihil definire, quia eorum decisio sit Judicis, non Jurisconsulti. Sed cur non Jurisconsulti, ut de eo non debeat, aut non possit respondere? Intelligit nimirum, id quod res est, an quid horum factum sit, quæstionem facti esse, non juris. Proinde quæstionem rei incertæ, quæ ob eandem caussam neque constitutione ulla, neque juris auctorum definitione possit decidi, ut de hujus generis quæstionibus scriptum est in *L. mora supr. de usur.* Nam an quid factum sit, necne, aut an in hac aut illa caussa porro sit futurum, nemo homo quantumvis prudens, aut consultis, ratione, aut intelligentia et cognitione ulla consequi potest. Et quidem illud constat in facto esse, an quidquam hic intersit Sejæ: cum possit fieri, ut intersit; possit etiam fieri, ut nihil intersit: quemadmodum et cum ejus interest, potest alias pluris, alias minoris interesse. Id enim ita est, ut sunt, ea quibus illa caruit propter moram Titii: quæ interdum nulla sunt: et eum sunt aliqua, possunt alias plura esse, nonnunquam pauciora. *L. si quis ob alio*, *supr. de re jud.* *L. si quis stipulatus* 112. §. 1. *supr. eod.* Hine regula juris: quatenus cujusque intersit, in facto non jure consistit. *L. quatenus*, *infr. de regul. juris.* Nec vero minus illa quæstio facti est, eoque talis, ut de ea responderi a Scævola non potuerit, an Titius non multo post Calendas obtulerit, an secus. Si diceretur certum tempus, quo Titius post obtulisset, et quæreretur, an id tempus, quod intercessit, dici deberet longum, an modicum; quæstio esset juris, quæ definitione temporis posset expediri. Nunc autem proponitur solum Titius interposito modico tempore pretium cum usuris obtulisse, et quæritur generaliter, an modico tempore interposito obtulerit, an longiore. Hæc quæstio, ut dixi, facti est, non juris. Sic et in eo quod interest, quæstio esset juris, si quæreretur, quid significetur hoc verbo: Unde et definitum id ad juris auctoribus legimus. *L. si commissa*, *infr. rem rat. hab.* *L. ait lex*, *in fi. et LL. seqq. supr. ad leg. Aq.* At illa facti est quæstio, an intersit, de quo hic agitur. Cur ergo utriusque facti quæstio, ad Judicem potius remittenda est?
† Quia Judex, qui munere judicandi publico 8
fungitur, in controversia facti sic aditur a litigatoribus, ut prius cognoscat de facto, id est, an quod factum dicitur, factum sit, necne, sic deinde caussa cognita de eo pro potestate statuat: de facto autem ex idoneis probationibus cognosci, et de cognito recte statui potest. Non sic Jurisconsultus: qui quia nulla præditus est judicandi potestate, ut non ita aditur, ut de re controversa quidquam statuat inter litigantes, quod eos teneat, sic nec ejus cognitioni res subiicitur, ex quo deinde sententiam ejus recte consequi oporteat. Ideo non consulitur de quæstione facti, quæ nisi caussa cognita et pro potestate decidi potest: sed ut supposito facto, secundum ea quæ proponuntur, de jure respondeat, atque hoc modo habeat consultor de jure suo, quod sequatur, ne frustra litem
moveat, aut suscipiat. † In hac autem cogni- 9
tione hoc erit officium Judicis, ut jubeat sibi fidem fieri earum rerum, quæ in quæstionem vocantur, ab iis, quibus earum rerum probatio jure incumbit. Ita cum Seja ad defen-

sionem sua interesse dicat, non Titius; illa probare debebit sua interesse, etiam si sit rea, cum qua ex stipulatu agitur, non Titius illius nihil interesse. Titius autem actor cum dicat se non multo post obtulisse, idque ad intentionem fundandam necesse sit ipsum dicere: etiam hujus rei probatio ab illo exigetur. Utrumque juxta regulas juris, quibus constitutum est, ei incumbere probationem, qui dicit, non ei qui negat, et maxime actori, *L. 2. L. verius, supr. de probat. L. actor, Cod. eod.* et reum in exceptione omnique obligatione ad liberationem comparata partibus actoris fungi oportere. *L. in exceptio-*
11) *nibus, supr. de prob. L. 1. C. eod.* † Quid ergo, si de certo tempore Titius dixerit, quo pecuniam obtulit post Calendas, et quæratur hoc solum, sitne id modicum, an longius tempus: quid hic statuet bonus Judex, quid Jurisconsultus? nam hæc juris quæstio esse incipit, ut pote in qua non quæratur, an quid factum sit illo aut illo tempore; sed id tempus quod interpositum esse constat, quale debeat judicari, modicum an secus. Et enim edictum de constituta pecunia sic acceptum esset, quasi eo daretur actio de pecunia sine die constituta non statim, sed post modicum tempus: id modicum tempus sic etiam in eo acceperunt veteres, ut esset, non minus, quam decem dierum, post quod exactio celebretur. *L. promissor. 1. supr. de pec. const.* Cum in specie proposita non solum nominetur itidem modicum tempus, sed etiam id quod sit ad pecuniam nondum debitam expediendam, ut illic; nihil caussæ, dici potest, cur non et hic modicum tempus eodem modo interpretemur, videaturque Titius non multo post Calendas pretium reliquum obtulisse, si intra decem dies obtulit Sejæ ibi modicum tempus ad solvendum accipi id, quod judicatis datur, ut in *L. si debitori, supr. de jud.* ubi cum ageretur de eo, qui confitetur in jure se debere, et petit diem sibi dari ad solvendum, respondetur audiendum esse, et modicum tempus ei dandum, *modicum autem tempus hic intelligendum esse, quod post condemnationem reis indultum est.* Sed expendendum est, quod adiicitur nominatim id fieri *hic*, idest, in ea caussa, de qua illic agitur. Quod declaratur non tam id definiri ex verbi significatione, quam ex legis sententia, quæ de judicatis constituta est. Confessi enim in jure pro judicati habentur. *L. 1. supr. de cens. L. unica, C. eod.* Postulat igitur legis ratio, ut his eadem dilatio detur ad solvendum, quæ judicatis: præsertim cum ea in confessis nulla contumacia argui possit, quæ sæpe in iis est, qui litigare, quam fateri maluerunt. Illud quod in edicto de jure deliberandi dicitur esse in potestate jus dicentis, quod tempus det ad deliberationem heredi de hereditate deliberanti, quia Prætor pollicetur, si tempus ad deliberandum petet, se daturum, nec adiicit quantum, *L. 1. in fin. et L. seq. supra. de jur. delib.* Ex quo loco vult Accursius hanc controversiam de modico tempore dirimi: aperta nihil huc pertinet. Hic enim de uno, et designato tempore agitur, nempe de modico, intra quod oblatio fieri debuit; illic nullum certum tempus definit Prætor, quia vult de eo varie statui, prout hereditatis tenuitas aut magnitudo, negotiorum explicatio aut implicatio, conditio personarum et locorum distantia exigent. Et ideo interdum brevius tempus datur, et semel: interdum longius, et sæpius, *L. 3. et 4. supr. de jur. delib.*

† Sed quæcunque de hac specie constituerimus, an non videtur inutilis esse labor 11
quærere, an Titius mandator post Calendas pretium offerendo possit agere et stipulatis in eoque multa cavere, ut possit: cum omissa stipulatione videatur quandoque offerendo posse alia via hortos consequi non minus commode, quam consequeretur ex superiore stipulatione, si nulla secuta esse conventio? Nam qui mandavit hortos emi, habet mandati actionem, qua eos consequatur a Seja, et habet semper, quandocunque pretium et quod Sejæ abest, ei offeret. Cur non igitur potius ei consilium damus, ut omissa stipulatione, quæ ei nihil prodest propter conventionem, sine periculo mandati agat? Sed intelligendum est conventionem, quæ stipulationem in continenti secuta est, non minus mandati obligationem mutasse, quam stipulationem. Nam et mandati actio directa tacitam hanc conditionem habet, si mandator ei, qui mandatum executus est, impendia offerat. *L. si quis alicui, §. impendia, supr. mand. arg. in L. Julianus, §. offerri, supr. de act. em.* Conventio autem secuta effecit, ut pretium hortorum de quibus agitur intra Calendas Apriles tantum, numerare Titius deberet, et hortos accipere. Proinde postea offerre non poterit, ut vel actionem ex stipulatu, vel mandati habeat. Nec ad rem pertinet, quod conventio post mandati obligationem interposita est ex intervallo: quandocunque enim interposita fuerit, semper constabit eam prodesse Sejæ ad exceptionem, ne pretium accipere cogatur post Calendas, ut supra dixi. Unde et hoc consequetur, ne et mandati agere liceat Titio conditione, sub qua Seja teneri

voluit, non impleta. Nisi forte quis dicat conventionem superiorem ad stipulationem præcedentem solum referri debere non ad obligationem mandati: tum quod subjecta est stipulationi in continenti, tum quod mandati obligatio nullam istiusmodi conditionem habet, si pretium, seu impendia a Seja facta ei offerantur, qualem stipulatio, quæ proponitur. Quod ut detur (nam de eo amplius deliberandum puto) potuit tamen in proposito alia ratione cessare mandati actio. Quid enim, si interposita sit stipulatio novandi animo? hic necesse fuerit sublata mandati actione aut Titium nullam actionem habere hortorum nomine, aut solam esse actionem ex stipulatu: de qua proinde quæri oporteat, an competat. Id cum in hac caussa accidere potuerit, neque supervacanee de actione ex stipulatu hic quæritur, neque frustra de ea Scævola respondit. Neque vero debuit, cum de sola hac consuleretur, de alia quam de hac respondere.

12 † Sed de sententia et ratione responsi plus satis. Tantum adiiciam, quod ab ejus explicatione non alienum videatur. Quod enim supra diximus conventionem quæ hic stipulationem in continenti secuta est, non inesse stipulationi ad actionem, etsi potest in alium locum reiici commodius, ubi de genere eorum pactorum ex professo agitur, ut *L. in bonæ. C. de pact. et L. lecta, supr. si cer. pet.* quibus in locis de eo scripsimus: tamen ut sunt verba hujus responsi quædam, in dubium a plerisque revocatur. Proinde non abs re erit etiam de his pauca dicere, vel ob hanc caussam, ne eorum verborum sententia nos fugiat. Primum ponit Scævola, in continenti inter utrumque convenisse. An frustra addidit, *in continenti?* quod si non frustra, an id aliam vim habet, quam ut conventio insit stipulationi: proinde et valeat tanquam pars stipulationis, et actionem pariat? alioqui etsi multo post interposita esset conventio, idem juris foret. Hic duo respondemus: Primum nihil prohibere quominus hæc verba, *in continenti*, nihil ad jus conventionis pertineant, et hac ratione frustra sint addita. Deinde et si addita fuerint non frustra; et conventio insit stipulationi; non tamen ideo effici conventionem ita valere, ut actionem pariat.

13 † Si in responso suo hæc verba addidisset Scævola, intelligeremus a prudente scripture non frustra addi. Nunc cum in narratione facti ab illo posita sint, existimari potest ideo posita esse, quia ita acciderat, ut in continenti conveniret inter utrumque, itaque illi propositum factum erat: cæterum nihil retulisse ad jus conventionis, utrum in continenti convenisset, an ex intervallo. Alioqui quod posuit in eadem narratione Titium ante Calendas partem pretii obtulisse, sic accipiemus, quasi si nihil omnino obtulerit, intra Calendas, non posit ex stipulatu agere, quamvis statim post totum pretium cum usuris semel offerat: quod non ita est, ut apparet ex illis verbis, *An si nihilominus Lucius Titius Sejæ universum pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit:* Idem in *L. qui Romæ, §. Callimachus, supr.* quam multa in narratione facti posuit, quæ etsi ita facta non essent, nihilominus tamen idem juris essent, quod illic respondit? Hujus generis est illud, quod in eadem *L. qui Romæ, §. Coheredes*, scribit ad moram tutorum arguendam, eos sæpius testato esse conventos, quasi ad moram faciendam quidquam intersit, semel quis interpelletur, an sæpius. † Volo tamen 14
hic conventionem non frustra esse subiectam in continenti, sed stipulationi inesse. Quod et verum puto: non tamen quia id colligatur ex hoc loco, sed quia generaliter traditum sit pacta in continenti facta inesse stipulationi. An ideo efficitur conventionem in stipulationem transire et parere actionem? Atqui illud inesse stipulationi non sic interpretatur Paulus in *L. lecta, vers. dicebam, supr. si cert. pet.* de quo jam ante satis respondi. Nihil igitur hæc verba, *in continenti*, ad eam sententiam statuendam faciunt. Illud plus habent momenti ad eam rem, quod ipse non factum referens, sed de sententia sua respondes in extremo posuit, *nec mulieris quidquam propter eam moram interesset.* † Non est in Titio mora, 15
ubi pecunia, de qua danda convenit, ab eo peti non potuit. *L. nulla, infr. de reg. jur. d. L. lecta*, illic, *sed cum sortis.* Hic moram in pecunia danda fecisse Titius dicitur. Ab eo igitur pecunia peti potuit ex conventione. Hæc de mora, quæ vere mora sit, recte dicuntur: et in proposito quoque recte statui concederemus, si Scævola aperte Titium moram facere scriberet: Nunc autem ex ea solum, quod eam cessationem Titii, qua factum est, ut intra Calendas universam pecuniam solveret, moram vocat, non recte colligitur Titium jure fecisse moram, quasi ab eo pecunia peti posset. Nam et ipse in *L. si pupillus, supr. eod.* his pupilli moram nominat, cessationem pupilli in pecunia oblata accipienda; quam tamen postea ibidem ostendit jure moram non facere. Ut autem hinc intelligatur verbo moræ non proprie eum usum esse, observandum est eum non simpliciter dixisse propter moram, quæ facta

est; sed dixisse propter moram, ut circumscriptionem videlicet et demonstrationem adderet, qua declararet se non quamlibet moram intelligere, sed eam, quæ in hac specie facta proponitur. Hæc autem vere mora non est; quia non potuit peti pecunia ex nuda conventione. Aut, si hoc non est satis,, quia si superiore conventione id agitur, ut et post Calendas pecunia debeatur, consequens erit et post Calendas quandoque offerri potuisse, eoque et semper ex stipulatu agi posse: ut supra a me demonstratum est. Hoc autem aperte Scævola repudiat. Non ergo hic moram proprie nominat, sed abusive: ut nihil sit in hoc responso, quo illa sententia confirmetur, pacta in continenti facta stipulationi inesse ad actionem.

Ad §. *Ea lege donatum.*

Ea lege donatum sibi esse a Seja servum et traditum, ut ne ad fratrem ejus aut filium, aut uxorem aut socerum perveniret, scripsit: et hæc ita stipulante Seja spopondit Titius: qui post biennium heredes reliquit Sejam et fratrem, cui ne serviret, expressum erat. Quæritur, an Seja cum fratre et coherede ex stipulatu agere possit. Respondit, posse in id quod ejus interest.

S U M M A R I A.

1. *Species hujus §.*
2. *Stipulatio; ne dominus rem suam in certas personas transferendo alienet, an valeat.*
3. L. pen. supr. de pact. *et* L. ult. C. de pact. int. empt. *declaratur.*
4. *Pactio, ne in totum res alienetur, an utilis.*
5. *Stipulatio hac L. proposita, an, si fratre herede relicto servus hoc modo ad eum pervenerit, committatur,* et n. 14.
6. L. Ea lege. C. de condict. ob caus. *explicatur.*
7. L. ult. C. de reb. alien. non alienan. *declaratur.*
8. L. Si creditor, §. ult. supr. de distract. pig. *explicatur, ejusque lectio restituitur.*
9. *Manumissio contra legem in servi venditione dictam, cur non tenet.*
10. *Alienationis prohibitio quibus casibus irritam alienationem efficiat.*
11. *Alienatione servi prohibita, an singularis alienatio tantum, an vero et institutio et universitatis alienatio prohibita videatur.*
12. *Servus hac lege donatus, ne in totum alienetur, cum ita futurum donatarius cavit, non committitur stipulatio, si donatarius herede aliquo instituto decedat.*
13 *Alienationis duo genera summa.*
15. *Ad stipulationem in specie proposita, committendam, sive res et testamento, sive ab intestato ad eum, in quem alienari prohibita est, perveniat, nihil interest.*
16. *Stipulationis commissæ vis et effectus.*
17. *Interesse in præsenti casu qualiter æstimetur.*
18. *Donatrix in proposito adversus Titii fratrem an in solidum, an vero pro portione hereditaria experiatur.*

1 Seja Titio servum donavit ea lege, ne servus ad certas quasdam personas perveniret. in quibus et fratrem Titii nominatim complexa est. Adjectaque est stipulatio, qua se ita facturum stipulante Seja Titium spopondit. Non necessario id quidem, quoniam etsi nulla stipulatio intercessisset, satis ipsa per se firma esset conventio, quæ esset in traditione rei interposita. *L. legem, C. de pac. L. in traditionibus, supr. de pac.* Sed ita visum est contrahentibus conventionem in stipulatum deduci rei magis firmandæ caussa. Ne perveniret servus ad fratrem Titii, et alios: valet, ne alienaretur, et recederet a Titio ita, ut transiret in jus et dominium fratris Titii ac cæterorum, de quibus cautum est, *L. aliud est capere, infr. de verb. sig.* Ita in summa conventio est, ne servus donatus alienetur a donatario, non tamen in totum, sed ne ita, ut transferatur in certas quasdam

personas, quæ nominatim exceptæ sunt. Titius moriens fratrem, de quo cautum erat, ne servus ad eum perveniret, heredem relinquit ex parte, et una Sejam donatricem ex altera parte. Qua ex re factum est, ut si alienatio servi superiore conventione non impediatur, servus ad eum perveniret, id est, fieret ejus pro parte hereditario jure; servus enim donatus Titii fuit. Heres autem ut in jus omne aliud defuncti, sic præcipue in dominium rerum singularum hereditariarum succedit. *L. heres in omne, supra. de acquir. her.* Quæsitum est, an Seja donatrix cum fratre Titii eodemque coherede ex stipulatu agere possit. Quæstio in eo est (1). an stipulatio hæc, ne dominus rem suam in certos quosdam transferendo alienet, valeat, et an eo facto quod propositum est sit commissa. Nam neque ex inutili stipulatione potest agi, et nihil prodest stipulationem in faciendo positam esse utilem, nisi contra eam factum sit, ut ea commissa ex ea agi possit. §. *ult. Instit. eod. L.* 4. §. *Cato, supr. eod.* Scævola respondet Sejam agere posse ex stipulatu in id, quod sua interest. Quo responso paucis tria complectitur. Illa quidem duo, de quibus dixi, tacite quidem, sed tamen non obscure significat, et stipulationem esse utilem; et eo facto Titii, quod proponitur, esse commissam. Tertium expressum est, teneri Titium in id, quod Sejæ interest. Et si autem credibile est, præcipue hic dubitatum fuisse, an stipulatio sit commissa, quod non dubitarent veteres, quin hujusmodi stipulationes de re a domino non alienanda, si quid stipulantis intersit, hactenus essent utiles: tamen etiam primum ac tertium hic vocatur in quæstionem; proinde et de singulis
2. separatim videbimus. † Statuit ergo ante omnia Scævola stipulationem hanc valere, ne Titio servum in quosdam transferre liceat, et ita ne dominus hactenus rem suam alienet: nam servus donatus Sejæ esse desiit, et traditione effectus est, ut dixi, Titii,
3. §. *per traditionem, Instit. de rer. div s.* † Huc opponitur *L. penul. supra, de pac.* ubi inter res tres, quæ illic pactione posse effici negantur, de hac prohibitione alienationis, de qua agimus, nominatim ita deficitur, neminem paciscendo efficere posse, *ne invito vicino prædium suum alienet.* Quod omne interpretes etiam doctissimi, quos quidem sciam, sic acceperunt quasi diceretur ejusmodi pactionem non valere. Quod dum faciunt, ab illis in hoc loco explicando ita varie laboratum esse mirum non est: fuit enim caussa, cur alii aliorum sententias non probarent. Et vero hoc sensu admisso nunquam rem liquido expediemus. Nam quod eam (2) definitionem cum hoc loco et similibus, in quibus hujusmodi conventiones recipiuntur, distinctione aliqua conciliare tentemus, nihil est. Definitio enim generaliter scripta est de pactione; ut nihil intersit, nuda sit pactio, an justa; et ex justis pactionibus utrum sit interposita in traditione rei nostræ, an non sit, dummodo in stipulatum sit deducta. Scripta est item generaliter de alienatione prohibita; ut nihil referat utrum id agatur, (3) ne dominus rem suam in totum alienet, an ne alienet in hos aut illo transferendo, in quos solos fortasse transferre voluit, aut commode potuit. Sed et illud generaliter dictum est, paciscendo effici non posse, ut intelligamus non posse effici etiam si maxime intersit vicini sibi caventis, ne id fiat. Nam dicere non posse id effici, quia non possit, si nihil intersit ridiculum est: cum hac ratione dicere liceat paciscendo effici nihil posse, quidquid quis promittat. Hoc enim in promptu erit defendere hac eadem exceptione addita, si nihil intersit: quoniam ne in cæteris quidem rebus omnibus ulla pactio aut stipulatio valet, si stipulantis nihil interest. *L. stipulatio ista,* §. *alteri, supra eod.* Sic fit, ut nulla harum rerum distinctio superiori loci conveniat. Quam ut locus reciperet; tamen nihil ageremus. Prius enim obtinendum esset, ut aliis etiam locis in speciem contrariis conveniret ea distinctio. Atqui ex aliis locis et certa ratione juris, quod est de pactis, constat, quæcunque pactio erit, ne dominus rem suam alienet, si paciscentis interest (nam aliter nulla omnino pactio dandi aut faciendi valet) et ea est conventio, quæ aliis rebus promissis jure valere posset, eam in

(1) Intricata quæstio est, in qua nec noster, nec alii mihi satisfaciunt, neç ipse quoque mihi adhoc, ea quam hac de re animo concepi, opinione; quam ideo proferre differo.

(2) Ut Gœd. ad *L. 3. de V. S. n.* 41. declarari *d. L. pen.* (non abrogari) in *L. ult. Cod. de pact. int. empt.* ut conveniat cum *L.* 48. *d. pact.* et fere Pac. 2. *Q.* 12.

(3) Ut Hotoman. ad *d. L. pen.* Paul. Busius *ibid.* Hotom. tamen hoc amplius hodie, post *d. L. ult.* indistincte pactum hujusmodi valere, etsi nihil intersit. Quod omnino non probandum. Nam nec testatoris nudum de non alienando præceptum valet, si is æque nulla caussa moveatur *supr. Lib. 8. Civil. Commentar. Cap.* 28. *n.* 3.

hoc quoque genere facti recipiendam esse sine exceptione, ut mox ostendam. Unde alii ejusmodi omnem distinctionem repudiantes locum illum contrarium esse fateri malunt; sed ne obsit eo confugiunt, ut emendatum dicant constitutione Iustiniani. *L. ult. Cod. de pac. int. empt. et vend. com.* in qua sententia est Eguinarius Baro in explicatione *d. L. pen. de pac.* et (4) alii nonnulli. Scilicet quia in *d. L. ult. C. de pac. int. empt.* Justinianus constituit adversus dubitationem veterum, ut hæ conventiones ratæ sint, quibus in venditionis aut alienationis alterius contractu convenit, ne novo domino liceat in loco alienato monumentum exstruere, aut alio modo juri humano eum eximere, puta dedicando. Atqui de his tantum conventionibus Justinianus cavet: nihil etiam de eu, eum convenit ne domino liceat re in commerciis hominum manente eam alienare: de quo nunc quæritur. Id vero certo argumento esse debet aut de hac conventione dubitatum nun esse a veteribus, quin valeret, ut proinde emendatione hic opus non fuerit; aut si oblinebat antea hanc non valere voluisse quoque Justinianum idem jus etiam nunc manere in hac specie, quia nominatim non mutavit: semper enim in emendatione juris veteris hæc regula tenenda est, quæ traditur in *L. præcipimus, in fi. C. de app.* quidquid lege juri vetere derogante specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum debere intelligi. Sed et illud apparet ex verbis *d. L. ult.* admitti ea lege superiores duas conventiones tunc solum, cum in ipso contractu venditionis aut alienationis sunt interpositæ. Quapropter si hæc conventio, ne dominus rem suam alienet, improbata est a veteribus, in eamque sententiam accipitur *d. L. pen. supr. de pact.* et nunc eadem conventio non alia lege confirmatur, quam illa superiore Justiniani; fateri cogemur etiam nunc post illam legem conventionem ejusmodi esse inutilem, cum in contractu alienationis rei nostræ interposita non fuerit, etiam si maxime fuerit deducta in stipulationem. Quod falsum est his etiam assentientibus; qui *d. L. penul. de pac.* Justiniani constitutione emendari putant. Sic fit, ut admissa superiore illa interpretatione, quæ vulgo recepta est, quasi dicatur in *d. L. penul. supra, de pac.* omnem hanc conventionem, ne domino rem suam alienare liceat, esse inutilem: res omnino exitum non reperiat; quoniam neque ea sententia conciliari cum aliis locis possit, et tamen quia aliis locis non emendatur, eam manere oporteat: certe nihil sit caussæ, cur potius ille locus ex aliis, quam ea illo alii mutari debeant. Enimvero cur laboramus, et nos coniicimus in non necessariam difficultatem vitandæ obiectionis, quæ in re nulla est? Verba *d. L. pen. supr. de pact.* paulo attentius expendantur. Verba ita sunt; *nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito prædium suum alienet.* Non dicit Pomponius, neminem pacisci posse, ne prædium suum alienet; quod si faceret, conventionem esse inutilem intelligeremus: quia jure vetante non posset valere. *L. non dubium. C. de legi.* Sed dicit neminem posse hoc efficere, ne alienet, sen ut prius locutus erat, ne id sibi alienare liceat. Hæc oratio non est de utilitate aut inutilitate conventionis, sed de effectu. Itaque aperte significat non conventionem esse inutilem, ut prius illud, sed non ita valere, ut hoc efficiat, ne domino prædium suum alienare liceat: Quod et verum est. Potest enim alienare nihilominus, si velit, nec conventio quidquam obstabit. Idque ipsum hoc loco statui omnes concedunt, de quo postea. Neque tamen eo minus verum, est conventionem esse utilem, si nihil aliud impediat. Nam si promissor rem suam alienaverit contra conventionem; aut erit adversus eum condictio rei ob caussam datæ caussa non secuta; *L. ea lege. C. de cond. ob. caus.* aut ex justa conventione seu stipulatione agetur in id quod interest: quorum utrumque et nos hoc loco confirmamus, tantum abest, ut superior definitio quidquam dissentiat. Recte igitur donatur quid ea lege, ne alienetur; et quamvis qui accipit, dominus fiat, conventio tamen utilis est, multoque magia eo nomine interposita stipulatio, ut hoc loco. Sed enim hic convenit, ne servus donatus ad certas tantum personas perveniret, non ut ne in totum alienare eom liceret. † Quid ergo, si res data sit ea lege, ne in totum alienaretur? Non minus rata est conventio, ut diserte confirmatur in *d. L. ea lege, C. de cond. ob. caus.* Et cur non valeat pactio, quæ fit de re privata et familiari? cujus generis conventiones justas esse scimus *L. jurisgentium, §. si paciscar. supr. de pact.* Nam quod quidam metuere videntur, ne hujusmodi conventione impediatur rei com- 4

(4) Cujac. *ibid.* Hot. *ibid.* et 9. *Obs.* 5. Merces. in *Conciliatore pag.* 741. quod et reprobat, Grot. ad *d. L.* 3. *pr. de V. S.* n. 41. quia dum Justinian. in *d. L. ult.* dicit dubitatum fuisse a veteribus ad *d. L. pen.* non respicit, quæ sine omni dubio a ICto profertur.

merciam, quod illi incivile nec ferendum in libero homine putant; cur nos moveat, nihil est. Non enim facit ea conventio, quominus libere possit res alienari, ut supra diximus. Solum hæc obligatio est, ut si promissor rem alienarit, aut eam restituere debeat condictione, aut præscriptis verbis actione, vel ex stipulatu condemnari in id quod adversarii interest. *L. legem, C. de don.* quorum in utroque æquissimum est conventionem illi servari ex edicto Prætoris, *L. 1. supr. de pact.* et maxime si in traditione rei suæ eam interposuerit, ut hic factum est: ne decipiatur alienator, cui licere debuit rei suæ, quam velit legem dicere. *L. in traditionibus supr. de pac.* quidque non aliter jus suum transferri passus esset, quam si ea lege, quæ dicta est, res esset accepta: quæ optima ratio est hujus pactionis et similium confirmandarum caussa reddita a Justiniano in *d. L. ult. C. de pac. int. emp.* Et hoc quidam facilius admittendum putant, cum in traditione rei nostræ ejusmodi generalis conventio, ne res omnino alienetur, interposita est, ut est species *d. L. ea lege C. de cond. ob cau.* At si (5) cum eo, qui dominus sit alicujus rei, nunc primus paciscar, ne eam rem alienet, quamvis id stipulanti me futurum spondeat; negant tamen stipulationem valere. Quod si quis roget, cur ex conventione in traditione rei interposita velint actionem esse potius, quam ex stipulatione, cum non minus Jure Civili valeat stipulatio ad agendum quam superior conventio, sed pariter utraque actionem pariat: *§. de constituta, Inst. de act. L. divisionis, supr. de pac.* respondent. in contractibus quemadmodum in testamentis ferendam esse alienationis prohibitionem, quæ caussam habeat: eam autem quæ sine caussa fiat, non esse recipiendam, quoniam nec in testamentis admitteretur. *L. filiusfamil. §. Divi 2. sup. de leg. 1.* Porro cum res datur ea lege, ne alienetur, hic conventionem habere caussam: cum autem de re a nobis non tradita idem stipulamur, secus esse. Sed nihil est, quod dubitemus æque hanc stipulationem admittere, atque conventionem eandem, quæ interposita sit in traditione rei nostræ. Cur enim admittitur hæc conventio, nisi quia id id fieri nostra interest? nam aliter sit inutilis. *L. ult. C. de pac. int. empt. et ven.* Quod si ex stipulatione æque intersit idem nobis præstari, cur ob eandem caussam stipulatio non valeat, cujus ad firmandam obligationem Jure Civili præcipuam vim esse constat? *Inst. eod. in pr. d. §. de constituta, Inst. de act.* Nam quod dicunt non esse admittendam in contractibus alienationis prohibitionem, cujus nulla caussa sit, verissime dici puto; est enim absurdum plus licere contrahentibus, quam licet testatoris, cujus maxime præter cæteros voluntatem ratam esse leges jubent. *L. verbis, infr. de verb. sig. L. 1. C. de sac. eccl.* Sed non recte judicio meo, quod volunt sine caussa fieri eam stipulationem, qua de re a nobis non tradita stipulemur eam non alienari. Una omnibus stipulationibus maxime idonea caussa proposita est, propter quam et stipulationes inventæ sunt, ut acquirat sibi quisque quod sua interest, *L. stipulatio ista, §. alteri supr.* Proinde in qua stipulatione idem stipulanti propositum est, ne eam sine caussa esse dixerimus. Neque vero aliter hujusmodi conventionem omnem, aut stipulationem admittimus, quam si stipulantis intersit rem non alienari. Unde et hic stipulationem in id tantum quod interest, committi dicimus. At enim non interponitur hic stipulatio ob caussam, ut interponitur conventio tum, cum res datur ea lege ne alienetur. Pace virorum doctissimorum dictum sit, cum res dare ista lege et conventione, id est, ob eam caussam non conventio hanc caussam habet, sed datio. Non enim convenit, ne res alienetur ob caussam. ut quid sequatur postea: sed datur res ob hanc caussam, ne alienetur. Itaque si eam caussam hic spectamus, qua non secuta datur conditio; erramus, si eam conventionis caussam esse putamus, non autem dationis. Sed nihilominus et hæc conventio suam caussam habet, verum cum stipulatione communem: quippe utrique finis idem propositus est, ut fiat, quod paciscentis interest, quod ni intersit ejus servari, frustra utramque caveatur. Expeditum est igitur valere stipulationem propositam, qua cautum est, ne servus donatus sic alienetur a Titio, ut ad fratrem et alios quosdam perveniret: postquam ita valeret, etsi convenisset in totum, ne servus alienaretur, et is jam olim Titii esset, non a Seja id stipulante profectus. † Non est 5
satis ut dixi, stipulationem valere, ut ex ea agi possit, nisi et commissa sit ob id, quod Titius fratrem suum heredem reliquit ex parte. Itaque cum dicat Scævola post id fa-

(5) Ita Rob. 3. *Sent.* 24. eum qui jam dominus est non posse pacto sibi adimere alienandi potestatem, ne ei libera dispositio auferatur *d. L. pen.* Sed in venditione id sibi juris venditorem retinere posse *d. L. ultim.* quamvis illi utile non sit futurum (quod non puto) cum liceat cuivis in rei suæ venditione legem, quam vult dicere.

stum agi posse ex stipulatu, declarat, ut proposui, etiam stipulationem hoc facto esse commissam. Habet et hæc pars suam dubitationem, de qua secundo loco nobis cognoscendum est. Est autem hujusmodi. Sic enim superiore facto committitur stipulatio, si contra conventionem factum sit. *L. quidam, ver. respondi supr. eod.* ac fit contra conventionem, si duo concurrant. Unum, si fratre herede relicto servus hoc modo ad eum pervenerit, id est, hoc modo ejus ita effectus sit, ut esset mansurus *d. L. aliud est capere. infr. de ver. sig.* Alterum si et de hoc genere alienationis sensum sit a contrahentibus. Quare qui commissam esse vult eo facto stipulationem ut ex ea agi possit, simul horum utrumque statuere intelligitur, etiam eo facto alienatum esse servum, atque ita fieri, quod supra dixi de effectu hujus conventionis: non effecisse videlicet eam quominus translato servo procederet alienatio, et præterea de hac ipsa specie alienationis, quæ proponitur, stipulatione actum esse. Ex his rebus incidit hæc quoque pars in difficultatem. Ac de priore multa occurrunt, quibus probari videtur, cum quid datur, et maxime cum donatur hac lege, ne alienetur, id alienari non posse contra conventionem: quæ ordine diluemus. Primum occurrit generale illud, quod de pactis constitutum est edicto Prætoris, pacta esse servanda. *L. 1. L. juris gentium, §. ait Prætor, supra de pac.* Quod jus tunc præcipue valet, cum pactum interpositum est in traditione rei nostræ: *L. in traditionibus, supra eod.* quale est hoc, de quo nunc agitur. Quæritur igitur, cur non et id pactum valeat. Nempe qua pacta servantur edicto Prætoris hactenus, dum ne sint contra jus *d. L. juris, §. ait, L. contra, supr. de pac. L. pacta, quæ contra, C. eod.* Sic autem statui debet hoc (6) pactum, ne domino liceat rem suam alienare, neve juri humano eximere, quatenus id agitur, ne alienatio aut exemptio exitum habeat, contra jus et naturam esse: quippe hoc dominii proprium est, posse quem de re statuere ut velit, nisi si jure ipso prohibeatur. *L. in re mandata C. man. Inst. quib. al. lic. vel non in pr.* Ut consequens sit, si conveniat, ne dominus rem suam in aliquem transferendo alienet, perinde esse, ac si convenerit, ut qui dominus est, ne sit dominus: quod natura non patitur. Hoc est videlicet illud, quod in *L. pen. de pac.* definitum esse supra diximus, neminem paciscendo efficere posse, ne sibi rem suam dedicare, religiosam facere, aut alienare liceat: quod quam recte dictum sit isto sensu, apparet. Sed quæ conventio ad hunc modum servari non potest, quia juri refragatur: eo modo servabitur, quo potest, ne sit inutilis *L. quoties supr. eod.* Proinde alienante novo domino procedet quidem alienatio, sed non impune: sarcietur enim damnum adversario constituta actione in id quod interest, ut hic responsum est. Sed tamen et in specie hujus conventionis multi loci videntur dissentire. Hi autem tres objiciuntur. *L. ea lege, C. de cond. ob caus. L. ult. C. de reb. al. non al. L. si creditor, §. ult. supr. de dist. pig.* ✝ Et 6
in *L. ea lege*, hæc verba sunt; *ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandæ suæ portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet.* Quæ verba dedita opera ita scripta esse videntur, ut constituerent Imperatores sententiam superiori illi contrariam, qua Pomponius negabat pacto effici posse, ne dominus prædium suum alienet. *d. L. pen. de pac.* Itaque si, ut volumus, his verbis hoc significat Pomponius, non posse hoc pacto effici, quin liceat domino prædium suum alienare, et eo transferente procedat alienatio: consequens est, cum contrarium eo pacto effici dicunt Imperatores, hoc intelligi debere, etiam pacto inhiberi effectum alienationis. Et omnino id ita acciperemus, si absolute id et solum de effectu hujus conventionis scripsissent Imperatores. Nunc autem non hic subsistunt: sed continenter adjiciunt disjunctivam, quæ priorum sententiam interpretetur: *vel*, inquiunt, *ut donatori, vel ejus heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quæratur.* Hac adjectione declarant se hoc sentire, superiorem conventionem non efficere absolute, ne res hoc pacto donata alienetur, sed ne alienetur ita, quin donator heresve ejus teneatur conditione ob caussam dati re non secuta: ut sit sensus, conventionem efficere alterutrum, vel ut ne donatarius voluntate suam rem alienet, ut potest: vel ut si alienabit, teneatur condictione. Quod dicunt, *si conditio non fuerit servata*, evidenter osten-

(6) Nunquam vero hoc mihi persuadebitur pactum tale naturæ dominii adversari. Sic certe nec a testatore prohibitio alienationi fieri posset. Taceo reliqua. Videri hac de quæstione possunt præter NN. præcedd. DD. nominatos, Vaud. et Tiraq. *locis sup. Civil. Comment. Lib. 9. Cap. 10. N. 1. citatis*, qui in eo nostro consentiunt quod alienationem per pactum non impediri contendunt, et Gomez in *L. Tauri 40. n. 14. et seqq.* Bronch. 1. *Ax.* 36. Niell. *Disput. feud.* 3. *Th.* 4. *lit. D.* Goth. ad *L. 3. C. de condict. ob ca. lit. K.*

dunt, posse eam non servari: ideo et rem alienari posse: quoniam hæc erat lex et conditio donationis, ut ne res alienetur: quæ non servatur tunc, cum alienatio rei sequitur. Quinimo quod donatori condictionem ex hac petitione quæri posse dicunt, ut nihil adjicerent aliud, satis est, ut intelligatur alienationem rei donatæ præcessisse: non enim condictio esset nisi caussa non secuta: ac tunc solum non sequitur in hac specie, cum res cum effectu alienatur. Quare vel unus hic locus confirmat maxime, quod hic statui dicimus, re hac conditione donata ne alienetur, nihilominus posse contra conventionem a novo domino alienari.

7 † In *L. ult. C. de reb. ali. non al.* inter cætera Justinianus cavet, si *pactio contrahentium hoc admiserit*, ne res alienetur, et *dominii alienationem, et mancipiorum manumissionem non solum prohibendum*, quibus verbis primo utitur: sed etiam, ut paulo post subjicit, *penitus prohiberi*. Idque ipsum se sancire dicit, ut intelligatur non conventione tantum, sed etiam jure prohiberi. Sed neque his verbis, neque ejus loci sententia efficitur hujusmodi conventionem obstare alienationi. Alienatio prohibetur, inquit, et quidem penitus. Aliud est prohiberi, aliud impediri. Prohibetur omnino verbis, et conventione paciscentium, dum id agitur, ne res penitus alienetur: neque id inutiliter, cum ex ea conventione sit actio adversus eum, qui alienavit: in quo etiam jus conventionem confirmat: sed non prohibetur eo usque, ut impediatur; quoniam id conventio efficere non potest. Nisi quis dicat non recte dici prohiberi alienationem, ubi nihilominus liceat alienare. Quod non ita esse manifeste confirmat *L. ea lege*, de qua supra dictum est. Quod enim in principio scribitur superiore conventione effici, ne dominium prorsus alienetur, valet id quod nunc dicimus, conventionem, ne res alienetur, penitus id prohibere, et amplius quiddam: nihilominus tamen statim adjicitur, si res alienata sit, condictionem dari. Fit quidem interdum, ut prohibita alienatio, hoc ipso quod prohibita est, impediatur: quod accidit, cum lex prohibet rem alienari, ut in lege Julia de fundo dotali: aut cum testator idem fieri vetat in re legata Sed hoc non potestate verbi contingit, sed constituentium auctoritate, de quo paulo post. Ut autem certius statuatur his verbis, conventionem efficere, seu prohibere, ne res omnino alienetur, non significari rem alienari non posse; spectemus id, quod de stipulatione dandi scriptum est in *L. ubi*, *§. ult. supr. eod.* sic enim scriptum est, hanc stipulationem, *fundum Tusculanum dari*, continere ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquomodo. Id cum dicitur, etiam hoc dicitur omnimodo ea stipulatione contineri, ne promissor fundum alienet, si habet: quoniam si alienat, qui eo facto dominus esse desiit, eum amplius dare non potest. *L. traditio, supr. de acq. rer. dom.* Et tamen nemo dubitat, quin dominus possit rem suam alienare, de qua transferenda caverit *L. quoties, C. de rei vind. L. qui tibi, C. de her. vel ac. ven.* Quod est igitur, quod dicitur eum promissorem omnimodo fundum dare debere? nempe hoc dici intelligitur, debere eum dare secundum verba stipulationis, et ob hanc ipsam caussam prohiberi alienare; sed cum adjuncto, nisi velit teneri, et condemnari in rei æstimationem, omnemque caussam quæ litis contestationem secuta erit. Hæc de verbis Justiniani in *d. L. ult. de reb. al.* Quod ad sententiam ejus loci attinet, hæc manifesta est. Apparet eum definire velle, quid contineatur verbo *alienationis:* cum dicat ea prohibita, prohiberi non tantum alienationem totius rei, sed etiam partis cujuslibet, veluti ususfructus: nec tantum directam alienationem, sed etiam id omne, per quod alienatio consequatur, ut hypothecæ vel pignoris dationem. Hoc proposito Justiniani animadverso, licet intelligere præter eam definitionem nihil ex ea constitutione colligi debere: quia sit præter propositum auctoris, id est, præter sententiam.

† Plus est difficultatis in explicatione *L. si creditor*, *§. ult. supr. de dist. pig.* ubi proponitur pactum esse a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus. Quæritur, an talis pactio nulla sit, quasi contra jus posita, ideoque venire res possit. Et, ut est scriptura Pand. Florentinarum, respondetur *nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*. Si recipitur hæc lectio, ut vulgo recipitur etiam a doctis interpretibus, non video, quomodo non plane adversetur ea sententia superioribus. Nam si hac pactione efficitur, ne venditio ipsa rei sola valeat, ubi res non alienatur (traditionibus enim, non partis, aut ullis contractibus dominia rerum transferuntur; ac de venditione quidem. *L. traditionibus, C. de pac. L. quoties, C. de rei vind.*) multo magis hoc effici potest paciscendo, ne res alienetur, et si traditio postea secuta fuerit, tamen nulla sit alienatio, quod negamus. Quo enim quidque constituitur difficilius, et magis nocet creditori, eo æquum est facilius et citius impediri, ne noceat. Parum autem ad hæc concilianda facit, quod (7) dicunt superiorem 8

(7) Goth. in *not. ad d. L. 7. §. ultim.* Coler. *de Proc. exser. P. I. C. 10. n. 152. et seq.*

conventionem de re pignori data interpositam esse. Quasi in hoc genere rerum diversum jus sit a cæteris, cum de earum non dico alienatione, sed venditione agitur: quid enim ad impediendam rei venditionem valet pignoris obligatio? Etiam alienæ rei venditio consistit. *L. rem alienam, supr. de distr. pig.* multo magis si quis vendat suam, quamvis obligatam pignori, consistet. Nam hoc ipse plus juris habet dominus in re, quod dominus est, quam extraneus, qui in ea re nihil plane juris habere intelligitur. Quod si non potest pacto effici, ne mihi liceat rem alienam distrahere, ubi ea distractione nihil domino rei noceo: quanto minus poterit effici, ne liceat mihi vendere rem meam pignori obligatam, ubi ea venditione nihilo plus detrahitur creditoris obligationi? Ego vero non dubito, quin (8) vitiosa sit lectio Florentina. Erratum autem sit in transpositione verborum (in quo facile fuit errorem obrepere vel excipienti, vel describenti) ut, cum ita scriptum sit, *nullam*, esse *venditionem*, ut *pactioni stetur*, legendum sit conversis verbis. *nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.* Primum ita scribit debuisse, et vero a bono auctore ita scriptum esse, satis quæstio illic proposita, et lex rectæ responsionis nos admonent. Posita erat quæstio non de venditione, an nulla esset, sed de pactione, an nulla esset talis. De venditione quidem quæsitum erat, sed non ita, an nulla esset, verum an venire res posset. Convenit non ineptæ responsioni de his ita respondere, ut propositum est. Ac secundum hoc ita omnino dicendum fuit, nullam esse pactionem, ut venditioni stetur, id est, ut res venire possit: quo scilicet ordine, et quibus verbis de utroque quæsitum fuerat. Sed parum nos moverit convenientia responsionis, nisi manifesti juris ratio utramque hanc sententiam exigit. Dico igitur venditionem hic valere. Perficitur namque emptio et venditio consensu, cum de re certa tradenda, et pretio ejus rei inter aliquos convenit. *Inst. de empt. et vend. L. 1. supr. de rer. permut.* Et parum refert, sit ne res venditoris, an aliena, cum et rem alienam distrahere liceat. *d. L. rem alienam, de cont. em.* ut multo minus referat, sit ne res nostra, quæ venditur, pignori obligata, an non sit. Non facit autem superior conventio, quominus debitor de re sua, quæ pignori sit, vendenda possit cum emptore consentire. Proinde cum id fecerit, venditio jure erit perfecta. Sed dicetur fortasse non impedire pactionem superiorem, quominus debitor de re vendenda conveniat cum alio: at quominus is consensus valeat, et debitorem obliget, id vero posse effici ea pactione. Imo ut venditionem valere dixi, ita et pactionem illam, ne debitori pignus vendere liceat, nullam esse contendo, et quod Marcianus in quæstione proponenda pro ratione dubitandi posuit, ut diceret, an nulla sit pactio talis, quasi contra jus sit posita, id eum etiam in responso sentire, intelligo, nullam esse nimirum pactionem, quia in totum sit contra jus. Certe talem esse perspicue demonstrari potest. Nam si id agitur pactione, ne debitor consentiat cum alio de re vendenda, pactio naturæ aperte adversatur; cum id agat, ne fiat, quod quamvis emptores omnes, atque adeo leges omnes prohibeant, natura tamen fieri posse constat, et quidem ita, ut cum factum fuerit, non possit natura infectum reddi. Quod si id agitur, ut quamvis debitor consensu pignus alicui vendiderit, tamen emptori non obligetur: conventio est contra jus manifestum: fieri enim potest, ne quis de re sua certo pretio alicui tradenda conveniat. At illud non potest, quin qui id fecit, jure ex vendito obligetur, si modo (9) et res sit, quæ vendi possit, et venditor is,

regulariter ratam esse alienationem non obstante pacto: Secus si adjiciatur contractui pignoris, quia tunc venditio ipso jure irrita, inquit, propter reservationem juris realis in bonis debitoris. Hinc Gomez. in *L. Tauri* 40. *n.* 18. cautionem banc tradit, ut ipso jure impediatur alienatio, si pactum hoc tradendo rem suam adjiciens sibi jus hypothecæ in illa re, ratione hujus conventionis, servet. Sane certa mihi de tota hac quæstione ut antea dixi, nondum stat sententia: certum tamen est, quod *d. L. 7. §. ultim.* potius horum expositioni assentiri, quam cum nostro et Nieil. *d. Thes.* 4. *lit. D.* conversis vocibus sententiam pervertere.

(8) Quam et ita deprehendit Bart. cum eam ob caussam Pisas mitteret, vid. A. Aug. 4. *Emend. ult. p.* 214.

(9) Argumentum hoc solutu facile. Nam si in verbis *si res vendi potest*, intelliguntur res quæ commercio non sunt exemptæ, et in verbis *nec administratio interdicta*, illi innuuntur, quibus ob personæ conditionem dispositio rerum suarum non conceditur, apertum sit insufficientem esse partium enumerationem. Sin vel per *res*, omnes quæ quacunque ex caussa transferri nequeunt, vel per *administrationem*, quæ quacunque ratione in totum vel unius rei generali vel speciali ratione inhibetur, accipitur: inter eas autem caussas conventio pignoris contractui adjecta esse

cui ejus rei commercium aut suarum rerum administratio non sit interdicta. *L.* 2. *supr. prox. tit. Inst. de ob. ex cons.* Venditio enim caussa est, quæ perficitur illo consensu, quem dixi. Hac caussa posita, etiam effectum, id est, obligationem sequi necesse est. Est et hac ratione pactio contra jus, quia eo refertur, ne acquiratur alteri actio ex suo contractu. Hactenus autem quæque pactio minuendi juris causa interposita servanda est, dum de suo jure quis paciscatur: alterius autem detrahere obligationi, et ejus conditionem facere deteriorem paciscendo non licet. *L. pactum, in fin. L. si unus,* §. *pacta, ver. ante omnia, supr. de pac. L. solvendo, supr. de neg. gest.* Sed maxime illa ratione contra jus est, quia creditoris nihil interest pignus non vendi, si res non progrediatur ultra venditionem, de qua sola nunc agitur. Esto enim, intersit creditoris pignus non alienari (quanquam ne hoc quidem verum est, cum re distracta semper maneat creditori integrum jus pignoris. *L. distractis, C. de pigno.*) demus tamen interesse ejus rem ad alios possessores non transferri: At illud certe ei nihil nocet pignus esse distractum alii a debitore, quandiu pignus apud debitorem manet. Obligatur enim eo contractu solus debitor, non creditor: nec in emptorem quidquam juris in rem venditam eo facto transfertur: tantum abest, ut ea re minuatur ulla ex parte jus creditoris. Quinimo et post venditionem, si sola intervenit, necdum tradita possessio est, idem adhuc possessor manet, qui prius fuerat: ut diei non possit eam venditionem ulla ex parte creditori esse damnosam. Frustra igitur et contra jus paciscitur ne debitori hoc modo rem, quæ pignori, sit, distrahere liceat. Eo enim spectant conventiones omnes, ut acquirat sibi quisque quod sua interest, nec alia lege recipiuntur jure, quam si paciscentis intersit. *L. stipulatio ista,* §. *alteri, supr. eod. arg. in L. ex conventione, C. de pac.* Præter hæc opponuntur superiori sententiæ exempla quædam prohibitæ manumissionis, et alienationis: ejusmodi illa quidem, ut in his et prohibitio valeat, et inhibeatur jure effectus manumissionis, et alienationis: sed eum versentur in alio genere rerum, et personarum, minus eam sententiam offendunt. Et tamen quia similia esse videntur, nobis attingenda sunt, ut dissimilitudo explicetur. † Si servus 9
ea lege venditus sit, ne manumittatur, placet ita valere conventionem, ut quamvis manumittatur, tamen ad libertatem pervenire non possit. *L. pen. C. si man. ita fu. al. L. servus, 9. supr. de man. L. ille servus, in fine, supr. qui et a quib.* Non multum interesse videtur, ut adversus dominii naturam intelligatur quid fieri, utrum domino conventione adimatur manumittendi jus, an alienandi, cum utrumque dominii jure in servo suo facere liceat: quod et verum est. Ut dicendum sit, si hic conventionem et dominii novi jus tantum spectamus, non magis adversus id quod dominii proprium est, paciscendo effici posse, ne dominus servum manumittat, quam effici potest, ne alienet. Sed in manumissione servi a domino prohibita singulare jus est, ut prohibitio rata sit, et tanquam conditione personæ injuncta non possit unquam servus nancisci libertatem. Jus constitutum ad confirmandam magis dominorum potestatem in servos, quam Romani summam et illibatam esse voluerunt. *L.* 2. *supr. de iis qui sunt sui, vel. al. jur.* Quod et superiore jure consequuntur: sic enim metu pœnæ discent servi continere se in officio, et non offendere dominos, ac tale aliquid in se admittere, ut superiore pœna adjecta a dominis alienentur. Nulla pœna est in eo, ne servus venditus alienetur. Quod si venditoris forte aut donatoris interest eum non alienari, dum id consequatur venditor, illi satisfactum est, quantumvis servus contra conventionem alienatus fuerit. † Sed tamen et in alienationis prohi- 10
bitione, de qua agimus, constitutum est interdum ita eam valere, ut si dominus tentet alienare, alienatio sit irrita: quod fit, cum aut lex prohibet alienationem aut testator. Prius declaratur exemplo fundi dotalis, quem lex Julia alienari prohibet, *Instit. quibus al. lic. vel non in pr. L.* 2. *supr. de fun. dot.* Posterius in *L. filiusfamil.* §. *Divi.* 2. *sup. de leg.* 1. *L. peto,* §. *fratre, L. cum pater,* §. *libertis, supr. de legat.* 2. Sed hæc dissimilia sunt. Legis auctoritas publica est, quam ratam et inviolatam esse Relp. expedit. *L.* 2. *supr. de legi.* Hoc non fit aliter, quam si

negatur; evidens inest principii petitio, dum hoc ipsum asseritur in argumento, quod controvertitur et in conclusione inferendum. Nec concinne dicitur sic detrahi juri tertio quæsito. Nam non ponitur venditio præcessisse pactionem, sed subsequuta est. Concinnius retorquetur; nulla est venditio, ne facto creditoris jus anterius pactione creditori paratum auferatur. Denique omnino interest etsi ad traditionem nondum ventum, quia facile veniri potest, ne cogatur multis molestiis impedire ac cavere ne fiat traditio. Præstat jus ab initio servari integrum *L. ult. C. In quib. Ca. in int. rest.*

quod lex fieri non vult, si factum sit, habeatur pro infecto. Itaque ut ita habeatur. etiam constitutum est *L. non dubium, C. de legi.* Testatorum autem etsi persona privata est, non ut legislatoris publica; tamen plus tributum est supremis voluntatibus morientium, quam viventium, et jussum, uti quisque legaverit, id est, statuerit de re sua, ita jus esse; idque etiam ut fiat, hominibus deberi, et publice interesse existimatur. *L. verbis, infr. de verb. sig. L. 1. C. de sac. ec. L. vel negare, supr. quem. test. ap.* Manebit igitur quæcunque conventio sit de re aliqua, ne, domino eam vendere aut alienare liceat, dum ne sit nuda conventio, sed aut in traditione rei interposita, aut stipulatio, hanc quidem esse utilem, sed non ita, quin domino integrum sit jure suo et vendere et alienare, ut prius, ut quidem venditio et alienatio rata sit: solum valere hactenus, ut si contra, quam cautum est, res vendita aut alienata sit, actio sit ex conventione in id quod paciscentis vel stipulantis interest. Hinc dubium non esse, quin in proposito, cum Titius fratrem heredem reliquit ex parte, simul servus Titio donatus quamvis donatus ea lege, ne ad fratrem ejus perveniret, tamen ad eum pro ea parte jure pervenerit, ut et reliquæ res hereditariæ, non secus quam si donatio nullam talem legem accepisset. Proinde hac institutione servo ita translato adversus stipulationem factum videri, si modo et de hac specie alienationis contrahentes senserint: de quo cum dubitari possit, superest, ut de eo paucis

1. consideremus. † Dici ergo potest his verbis stipulationis, ne *servus ad Titii fratrem perveniat*, contineri singularem omnem alienationem servi, qua is specialiter in fratrem Titii transferatur: universalem autem illam, qua frater efficiatur heres, ex mente contrahentium non contineri. Movet, quod fratre Titii berede relicto, principaliter ei acquiritur hereditas, quæ juris defuncti universitas quædam est: per consequentiam autem res singulæ veniunt, quæ illa universitate continentur, ut declaratur in *L. 1. supr. de auct. tuto.* Atqui ibidem etiam traditum est, cum alterutrum eorum spectandum est, et quæritur, utrum sit spectandum, id debere attendi, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. Huc accedit, quod pleraque per se non possunt alienari; quæ tamen cum universitate recte et sine impedimento juris transeunt. Nam sepulcrum specialiter vendi non potest: at fundo vendito in quo id fuit, etiam sepulcrum accedet. *L. in modicis, supra. de contrahend. empt. L. si mercedem, §. 1, supra. de action. em.* Quinimo, quod hunc locum proprie attingit, si cujus rei commercium quis non habet, ea illi legari non potest. Si tamen heres institutus sit, dominus ejus efficitur. *L. quædam, supr. de acq. rer. dom.* Quo declaratur alienatione alicujus rei prohibita, specialem alienationem rei, non institutionem et universitatis alienationem prohibitam videri. Sed hæc movere nos non debent. Quod enim dicitur spectandum esse in acquisitione hereditatis id, quod principaliter quæritur, non quod per consequentiam in specie *d. L. 1. de auc. tut.* recte dicitur: et generaliter quoties hanc legis mentem esse apparet: quod illic accidit, ubi tutor pupillo auctor est, ut hereditatem adeat, a qua aliquid tutori debetur. Etsi enim tutor in eo per consequentiam auctor fit in rem suam, quod lex prohibet: tamen rei singularis incommodum non tanti esse debet, ut manifestam utilitatem pupilli in tota hereditate acquirenda impediat. Neque hoc legis consilium est, quæ pupillis consulere, non eorum commodis obstare voluit. Quod ni constet hanc mentem esse vel legis vel contrahentium, ut quæ fiunt per consequentiam, non attendantur, dicendum est omnia generali prohibitione alienationis contineri, quibus fit, ut res alienetur, sive principaliter id fiat, sive per consequentiam, ut diserte cautum est constitutione Justiniani, *L. ult. C. de reb. al. non al.* Et nota est regula, cum quid prohibetur, prohiberi omnia, quæ sequuntur ex illo *C. cum quid prohibetur, de reg. jur. in 6.* Quod autem placet prohibi a quarundam rerum alienatione, universalem alienationem rerum non contineri, utpote cum eæ res cum universitate, et ex caussa hereditaria recte transeant: in prohibitione legis locum habet, ut Bartolus hoc loco recte scripsit: ad prohibitionem contrahentium non pertinet. Alia enim longe hac re legis mens est, alia contrahentium. Cum lex alienationem alicujus rei prohibet, non est consilium legis etiam aliarum rerum, quæ in diversa caussa sunt, alienationem prohibere. Quapropter et fundus, in quo sepulcrum est, per legem recte alienabitur: et recte veniet ad aliquem hereditas, etiam in qua sit res aliqua, cujus commercium heres non habuit. Et quia hæc transferre per legem licet, simul etiam per legem illa accedere necesse est, quæ rebus alienatis continebantur. Cum autem inter privatos hi qui paciscuntur, de re aliqua aperte sibi cavent, hoc animo sunt, ut id omnino sibi præstari velint, sive id fiat cum incommodo promissoris sive non fiat: idque etiam ut ita præstetur, receptum est, si verbo conventionis aut stipulationis quamvis gene-

vali contineatur. *L. quidquid supr. eod. L.*
12 *non est, supr. de trans.* ✝ Sane si servus ita donatus sit, non ne perveniat ad hos aut illos, sed in totum ne alienetur, et ita futurum donatarios caveat, probandum est stipulationem non committi, si is herede aliquo instituto decedat, quamvis verum sit et servum ad heredem adita hereditate transire: non quod non verbis conventionis contineatur hæc alienatio, sed quia si de hac quoque senserunt contrahentes, promissio sit impossibilis, eoque inutilis. Necesse est enim rem vel hoc modo vel alio aliquo alienari, cum fieri non possit, quin promissor aliquo herede relicto decedat. Quo fit, ut si conventionem valere volumus, necesse sit eam sic accipi, ut aliquod genus alienationis excipi intelligatur, quo rem potius alienare liceat,
13 quam aliis, tum deinde cætera prohiberi. ✝ Duo sunt autem genera alienationis summa; unum, quo res singulæ specialiter alienantur: alterum, quo alienantur per universitatem, ut fit, cum quis alteri heres factus est. Si quæritur de utro horum potius prohibendo contrahentes senserint, incredibile est eos omissis iis modis, quibus servus proprie et specialiter alienatur, de institutione potius sensisse, qua servus non alienatur recta et specialiter, sed per consequentiam. Incredibile et illud eos de alienatione necessaria sensisse potius, quam de voluntaria. Hæc autem posterior necessaria est, cum unusquisque paterfamilias jure habeat heredem: illa po-
14 sterior voluntaria. ✝ Non eadem conditio est hujus stipulationis fore, ut servus ad certos quosdam non perveniat: nihil enim impossibile hæc stipulatio continet, quamvis hoc promittatur, fore, ut nullo modo perveniat, idest, neque singulari ullo titulo, neque hereditario jure. Etsi enim cogitur Titius heredem habere: non tamen cogitur habere fratrem, cum ei liceat etiam per stipulationem instituere alios. Sed etsi fratrem haberet heredem, non tamen ideo necesse est servum ad eum pervenire: potuit enim Titius efficere, ut servus perveniret ad alios vel inter vivos eum alienando, vel testamento eum legando. Proinde ut omnis alienatio continetur verbis stipulationis proposita; ita cum possit promissor hanc prohibere, simul etiam stipulatio in omnem eam alienationem valebit, et quæcunque ea contigerit postea, qua servus perveniat ad fratrem Titii, stipulatio committetur: puta, etsi fratre herede relicto servus cum universitate ad eum transierit: quod in specie hic proposita con-
15 firmatur. ✝ Nec interest ad stipulationem committendam, quomodo Titii frater fratri heres exstiterit, utrum quia ab illo ultro heres institutus sit, an quia sine judicio defuncti obtinet ab intestato ejus hereditatem. Etsi enim posteriore casu non fecit Titius, quo servus ad fratrem perveniret, ut fit priore: tamen verum est etiam hoc casu non fecisse eum, quominus perveniret: quod ille ne fieret, duobus modis consequi potuit, vel alios heredes instituendo, quam fratrem, vel servum saltem alii legando, aut dum vivit in alium transferendo. Promiserat autem Titius futurum, ne servus ad fratrem perveniret, idest, facturum se, ne perveniret: per se enim id futurum promittere intelligitur, non per alios. *L. stipulatio ista, in pr. supr. eod.* Ita dum illa non præstat, quæ potest, quibus fit, ne servus ad fratrem perveniat, contra conventionem facere, eoque et stipulatio committi intelligitur. Quanquam prope est, ut videatur defunctus dedisse hereditatem etiam ab intestato hoc ipso, quod non ademit *L. 1. §. sciendum, supr. de leg. 3.* Unde cum quis heres institutus prohibitus esset aliquid post mortem relinquere fratribus suis; placuit huic ipsi Scævolæ contra præceptum testatoris factum videri, si is heres intestatus decesserit, et hereditas ejus legitima ad fratrem pertineat: *L. Lucius, pen. §. matre, supr. de leg. 2.* ut nequaquam dubium sit, quin hoc posteriore casu itidem ut priore stipulatio committatur. Quod ut significaret hoc loco Scævola, consulto posuit Titium non instituisse fratrem heredem ex parte, sed ex parte heredem reliquisse; quia verbum ad heredes testamentarios, et legitimos ex æquo pertinebat: ✝ 16
Commissa stipulatio ad quid committatur, et quatenus, videndum est. Et committitur in id quod Sejæ interest servum non esse factum fratris Titii. Ex quo intelligitur, si Sejæ nihil intersit, stipulationem esse illi inutilem, ex qua neque hoc consequatur, quominus alienetur servus contra conventionem, neque servo alienato ullam sit ejus rei nomine actio. Et recte; est enim stipulatio non dandi, sed faciendi, utpote qua non promittitur servus, sed ne is alienetur. Commune hoc omnium faciendi obligationum. Si non fiat, quod promissum est, actio et condemnatio est in id, quod interest. *L. stipulationes non vers. Celsus, L. si pœnam, sup. eod.* ✝ Quæri igitur potest, quid hic interesse 17
possit Sejæ servum fratri Titii non servire potius, quam aliis, cum quominus aliis serviret, non prohibuerit. Quærimus enim quid hic intersit non ex animo vindictæ, sed vere et pecuniariter, ubi scilicet servus venditus non est, eoque nec propter conventionem adje-

etiam minoris venditus. *L. si venditor*, §. *ult. supr. de ser. exp. arg. in L. fidejussoris, in prin. de pac.* Et certe quod pecuniariter non interest, non potest æstimari, ut præstetur. Dicendum est sic interesse posse, et hactenus agere posse Sejam, quatenus ob id factum alii præstare cogitur. Finge illam prius accepisse servum ea lege ne ad certos quosdam de quibus cavit, is servus perveniret, et si contra factum esset, pœnam promisisse. Committetur pœna adversus eam, sive ipsa recta servum transtulerit in eos, de quibus cautum est, sive alius, qui ab ea prius accepisset; nam hoc tantumdem valet. *L. si servum, in prin. ver. idemque fiet, supra, eod.* Finge igitur deinde et Sejam hunc servum dedisse Titio hac ipsa lege, ne ad eosdem illos servus perveniret. Dicimus, si hujus facto ad eos pervenerit, Sejæ tanti interesse, quanta est pœna, quam alii promisit, et in quam ob hujus factum incidit, atque in hanc summam illi esse actionem. Quod diserte confirmatur in *L. servus, supr. de ser. exp.* neque longius progreditur ex stipulatu actio. Quid est igitur, quod in *L. ea lege, C. de cond. ob. cau.* dicitur, cum res ea lege donata est, ne alienetur, si alienata sit, donatori prorsus conditionem quæri? quod sine exceptione dictum est, sive intersit donatoris, sive non intersit: idque ita omnino accipi debet. Et intelligendum est, cum quid datur hac lege, ne alienetur; si conditio servata non sit, duas hic esse actiones; unam ex conventione expressa, aut si conventio in stipulatum deducta sit, ex stipulatu: alteram ex tacita conventione, quæ intelligitur ex eo, quod datio certam conditionem accepit. Conventio expressa seu stipulatio hoc continet, ne res alienetur. Hæc cum sit in faciendo, committitur tantum in id quod interest: ac si nihil intersit, inutilis est conventio. Sed non ideo, qui rem dedit, rem amisit. Nam qui dedit ea lege, ne res alienaretur, etiam tacite hoc dixisse intelligitur, si res alienata sit, nolle se rem datam esse, arg. in *L. quibus, §. quidam Titio, supr. de cond. et demonstr.* Hinc tacita conventio, et ex conventione condictio ob causam dati caussa non secuta. *L. si extraneus, supra, de cond. cau. da.* Hæc unam hanc caussam habet, si conditio servata non sit, non etiam si quid intersit ejus, qui dedit; atque is utra harum volet, experietur. *L. naturalis, in prin. et §. 1. supra, de præs. ver.* Itaque in proposito, si videtur Sejæ, aget ex stipulatu, et consequetur, quod sua interest. Quod si aut nihil ejus interest, aut mavult servum habere, quia hunc pluris æstimat, aget condictione, qua consequetur, ut Titii frater servum reddat, aut si hunc alienavit, nec potest reddere, ut in æstimationem servi condemnetur. † Ut de eo, quod hic peti potest, 18
expressit Scævola; ita et de eo quatenus possit, videtur respondisse, ut scilicet agere possit Seja in id quod interest, idque in solidum. Ait enim Sejam ex parte heredem cum fratre defuncti Titii, eodemque coherede ex stipulatu agere posse in id quod sua interest. Si Seja pœnam ante promisit, si servus ad fratrem Titii pervenisset, et pervenit; pœna adversus eam in solidum commissa est, quamvis servus ad eum pro parte tantum pervenerit, non in solidum, ut hic contigit. Quantaecunque enim ex parte pervenerit, semper verum erit eum pervenisse, et ita exstitisse conditionem pœnalis stipulationis: qua conditione exsistente, pœna, quæ solida promissa est, non dividitur. *L. 5. §. ult. supra, eod. L. heredes, §. idem juris, supra, fa. erc.* Itaque hactenus etiam Sejæ in hac caussa interest. Proinde cum ait Sejam posse agere in id, quod sua interest, hoc statuere videtur etiam in id totum agere posse. Quod non ita accipi debet. De re in quam agi possit, respondet Scævola; de quantitate ejus rei seu actionis nihil exprimit. Idcirco in eo juris regulam sequi debemus. Stipulatio hereditaria quamvis in solidum commissa, ut hic commissam esse fatendum est, tamen inter heredes dividitur pro portionibus hereditariis. *L. 4. §. Cato, supr. eod.* Aget igitur Seja cum fratre Titii eodemque coherede pro portione ejus hereditaria: pro qua parte autem ipsa est heres, actio confusione sublata est. *L. si adultu, C. de her. ac. L. licet, C. ad leg. Fal.*

Ad §. *Filia quæ de inofficioso.*

Filia quæ de inofficioso agere instituit, et transegit postea cum heredibus stipulatione interposita, et subjecta doli clausula, apud præfectum de falso testamento egit, nec probavit. Quæro, an ex doli clausula possit conveniri. Respondi, nihil ad eam stipulationem id quod postea actum proponeretur, pertinere.

S U M M A R I A.

1. *Testamenti falsi et inofficiosi differentia.*
2. *De inofficioso testamento interposita stipulatione transigens nihil contra stipulationem, aut transactionem facit, si de falso postea quæratur.*

1 Longe diversæ caussæ sunt falsi testamenti, et inofficiosi. In priore de facto heredum quæritur, et eorum, qui in falso fabricando dolum adhibuerunt. In posteriore agitur de facto et iniuria testatoris. Falsum testamentum non est testamentum, sed tantum esse dicitur falso, cum non sit a testatore profectum. Inofficiosum testamentum re vera testamentum est, habens testatoris voluntatem, et eam quæ rite testata sit, ut et Jure Civili valeat: etsi dicitur factum esse contra officium pietatis, præteritis immerito aut immerito exheredatis iis, qui non debebant. 2 † Quare qui de inofficioso testamento transegit cum heredibus scriptis, et promisit se de eo amplius non acturum, et generaliter dolum malum in ea caussa a se abesse, abfuturumque esse, ut est doli clausula, quæ stipulationibus subiici solet: *L. stipulatio. ista*, *§. si quis dolum*, *L. doli*, *supr. eod.* qui, inquam, ita cavit, nihil facit contra transactionem aut stipulationem, si de eodem testamento ut falso postea agat. Quod non eo tantum spectat, ut qui agit postea de falso, non metuat in eo exceptionem rei judicatæ: *L. cum quæritur*, *supr. de exc. rei jud.* de quo hic non agitur: sed ut si egerit, quamvis victus sit, et pronunciatum sit eum de falso dolo egisse tamen intelligatur non teneri eum superiore stipulatione, quasi adversus eam fecerit. Nec ei nocebit doli clausula stipulationi subjecta, nihil enim dolo facit adversus transactionem, qui cum cavisset se de iniuria testamento illata amplius controversiam non facturum; nihil nunc de iniuria testamenti, aut patris quæritur; sed accusat heredum dolum qui aut ipsi falsum admiserunt, aut certe nunc falso utuntur.

Ad L. *Si sub una.* 136.

Pars est definitionis ejus quæ plenior tradita est, et exposita in *L. quæ extrinsecus*, 65. *supr. eod.* de discrepantia interrogationis et responsionis, quæ in verbis est stipulationis, non in re: de quo etiam dictum est ad *L. 2. §. si quis ita supr.*

Ad §. *Si quis viam ad fundum.*

Si quis viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum, partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit: evanescit stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Dari res quas recte stipulemur.*
2. *Servitutis prædii natura.*
3. *Viam ad fundum alienum aut communem, inutiliter quis stipulatur.*
4. *Stipulatus servitutem ad fundum suum, si fundum partemve fundi ante constitutam servitutem alienarit, evanescit stipulatio.*
5. *Stipulatio cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat, vitiatur obligatio.*

1 Eas res quisque sibi dari recte stipulatur, quæ et ei dari possunt, quæ autem non possunt, frustra; ut si quis stipuletur rem suam. *L. si stipulor.* 25. *L. nemo* 82.
2 *supr.* † Est autem servitutis prædii, veluti, viæ, itineris, ea natura, ut hanc nemo acquirere possit nisi prædio suo: alieno nemo potest, ac ne communi quidem L. 1. *L. proprium*, *L. si quis duas, in pr. supr.*
3 *com. præd.* † Ea re fit, ut viam quoque ad fundum alienum stipuletur quis inutiliter: eademque de caussa inutiliter et socius ad fundum communem; scilicet quia neutri dari potest. *L. si unus, supr. de ser. præ.*
4 *rust.* † Finge stipulatum esse aliquem ab initio viam ad fundum suum, deinde ante constitutam servitutem fundum alienasse, aut in totum, aut pro parte: hic traditur evanescere stipulationem. Non alia id quidem de caussa, quam quod deducta sit stipulatio in eum casum, a quo incipere non poterat, ut de hac specie scriptum est in
L. pro parte, supr. de servit. † Itaque sub 5
una specie rerum in stipulationem deductarum confirmat hoc loco Paulus generale illud, de quo diximus ad *L. si ex legati*, et *L. existimo, supr. eod.* cum in eum casum recidit stipulatio, a quo incipere non poterat, vitiari obligationem. *d. L. pro parte*, §. *item contra*, *inst. de inut. stip.* Quæ sententia cujusmodi sit, et an quidquam ei adversetur, dicetur ad *L. pluribus, pen. infra.* De servitutis acquisitione et acquisitæ retentione non est hujus loci, ut dicatur.

Ad L. *Continuus.* 137.

Expositus est hic locus ad *L.* 1. §. 1. *supr.*

Ad §. *Si hominem.*

Eadem sententia extat, explicata etiam pluribus verbis a Paulo in *L. inter*, §. 1. *supr. ubi* de ea diximus.

Ad §. *Cum ita stipulatus.*

Cum ita stipulatus sum, *Ephesi dari?* inest tempus, quod autem accipi debeat, quæritur. Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, idest ad virum bonum remittamus: qui æstimet quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promiserit: ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus, et omni tempestate contempta iter continuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis, ætatis, sexus, valetudinis: cum id agat, ut mature perveniat, idest eodem tempore quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire: eoque transacto quamvis Romæ remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit quo minus Ephesi daret: vel quoniam per alium Ephesi possit dari: vel quia ubique potest solvere. Nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si duplomate usus, aut felici navigatione, maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est: quia in eo quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturæ locus.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc, Ephesi dari, verbis pura, re ipsa dilationem accipit.*
2. *Tempus, quod ex loci adjectione stipulationi tacite inest, quomodo definiendum.*
3. *Temporis hujus vis et conditio.*
4. *Tempus hoc transacto, an omnimodo pecunia possit condici.*
5. *Tribus rationibus difficultatem, quæ obstare videbatur, Jurisconsultus removet.*
6. *Solvi ubique an possit, quod ubique peti non potest.*
7. *Solutio ejus, quod certo loco dari promissum est, an alio, quam in quo promissum est loco, volenti tantum creditori, an etiam invito recte offeratur.*
8. *Tempore superiore definito nondum transacto, an et quo casu agi possit.*
9. *Coniecturis quando locus.*
10. *Diploma quid.*

1 Cum stipulamur quid dari certo loco, puta Ephesi; stipulatio verbis pure facta, ex re ipsa dilationem accipit. Inest enim tempus, quo Ephesum possit perveniri: nam alioqui præstatio sit impossibilis. *L. interdum, supr. §. loca, Inst. eod.* Hoc jure posito tractat hoc loco Venulejus quædam ad id, tempus tacitum pertinentia.
2 † Ac primum quodnam id statuere debeamus, ut sit, quod in hujusmodi quæstionibus Judex sequatur. Neque enim id tempus certum est et unum natura, ut de eo facile et certo possit judicari: sed varium maxime, eoque incertum, si quod proficiscentibus accidit, spectemus. Constat enim alios citius Ephesum pervanire, alios tardius, ut fert commoditas ad difficultas itineris: item contentio aut traditas iter ingredientium. Ergo de eo statuit initio pluribus id quidem, ut sit definitio dilucidior; sed tamen ita, ut sit hæc definitio in summa, id tempus hic accipiendum, intra quod conficere id iter possit mature diligens paterfamilias et simul mature atque ex officio diligentis patrisfamilias id fieri interpretatur, eodem tempore quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire. 3
† Hoc tempore ita definito, tractat deinceps et de vi ac conditione hujus temporis, num scilicet et

hæc eadem sit, quæ certi diei in certis obligationibus. Nam hic cum aperte adiectus est, ejus hæc vis est ad differendam petitionem, ut postquam præteriit, confestim agi possit, et sine exceptione; ante autem, quam is dies venit, agi omnino non possit, §. *in diem, Inst. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Tractat igitur hæc eadem et de eo tempore, quod supra constituit ex loci adiectione stipolationi inesse. Et si vere definit, consentaneum est hic quoque eadem dicenda esse in utramque partem: ut sunt omnino, si recte definitio accipitur. Sed prius nonnollam dubitationem habet; ideo hanc diluit. Posterius indiget cautione: ideo quomodo accipiendum sit, docet. Statuit ergo de priore id, quod est omnis diei adiecti commune, transacto eo tempore, quod ante definierat inesse stipulationi, statim ei, qui promisit se Ephesi daturum, recte condici: quod significat recte ab eo pecuniam peti actione in personam §. *appellamus, inst. de act. L. actionum, supr. prox. tit.*

4 † Sed an omnimodo potest hoc casu pecunia condici? quid enim, si eo tempore transacto promissor jam amplius pervenire Ephesum non possit? Hoc vero erat, quod dubitationem afferebat in hac re: non enim videbatur omnino ex hac stipulatione pecunia peti posse, si non posset promissor eam dari Ephosi, ubi dare promissa est: quonlam alioqui futurum esset, ut tum peteretur, eum præstatio, uti stipulatione comprehensa est, promissori esset impossibilis. Et ut intelligatur nihil hic excipi, quominus transacto supra constituto tempore statim pecunia peti possit, esseque in hac parte omnia cum reliquis omnibus temporibus adiectis commonia; nominatim superios illud Venulejus complexus est, idque removens ita definit, *eoque transacto, quamvis Romæ promissor remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilominus ei recte condiceretur.* Simol nihil istam difficultatem Ephesi dandi obstari probat tribus rationibus.

5 † Una est, *quia per ipsum steterit, quominus Ephesi daret:* qua ratione significat etiam si transacto tempore, quod supra constitutum est, non possit promissor per solum naturam pecuniam Ephesi dare: tamen cum per eum steterit, quominus daret, ipsum de se queri debere, qui se in eam difficultatem coniecerit, nec debere ei factum suum et culpam patrocinari, L. 2. §. *si quis tamen, supr. si quis caut. L. factum, infr. de reg. jur.* Altera ratio est, quia quod promissor transacto tempore jam Ephesi pecuniam dare non potest, non est hoc impedimentum naturale, seu ejusmodi, ut per rerum naturam amplius pecunia Ephesi solvi non possit, ut quis dicat ejus præstationem esse impossibilem: sed est impedimentum personæ quo fit, ut ipse jam dare non possit, prout velit: quod genus impedimenti non moratur obligationem aut petitionem, ut idem scribit *ead. L. §. illud infr.* Posse autem natura etiam nunc pecuniam Ephesi dari hinc intelligitur, quod per alium Ephesi dari potest, quod ita fit, si proponas aliquem amicum promissoris vel procuratorem Ephesi esse, qui monitus det pecuniam procuratori aut institori stipulatoris, quod perinde valet, ac si ipse promissor stipulatori dedisset. Tertia ratio, quod etsi quis concedat pecuniam jam amplius Ephesi dari non posse neque per promissorem ipsum, neque per alium; non ideo tamen consequens est nullam esse ejus pecuniæ petitionem, quasi impossibilis rei præstatione constituta: satis est enim, si potest promissor alibi pecuniam solveret: At *potest ubique*, inquit. Quod sic accipiendum est, ut possit in specie hoc loco proposita, ubi promissor Romæ remanserat, et stipulator ibi cum eo agebat, et pecuniam petebat arbitraria actione pro potestate sibi data edicto, quod est de eo, quod certo loco dari oportet. L. 1. *supr. de eo, quod cer. lo. §. loco, inst. de act.* Itaque potest qui Ephesi dare promisit, exigente alibi pecuniam creditore ubique eam solvere, quonlam volenti solvit: quod sufficit ad liberationem. Cæterum invito stipulatore nullo alio loco solvere potest, qui certo loco dare promisit, quam in quo promisit. *L. pen. supr. de eo, quod cer. lo.*

† Sed hanc postremam rationem repudiet fortasse aliquis, ac neget verum esse, posse promissorem ubique solvere: hoc argomento, quia ubique ab eo peti non possint. Ad hanc obiectionem tacitam diluendam pertinet ratio Venuleii, quæ sequitur. *Nam et quod in diem debetur, inquit, ante solvi potest, licet peti non potest.* Significat nimirum hac ratione, neminem debere moveri eo, quod dixerit ubique solvi posse, quod constet non posse ubique peti, non enim eandem esse caussam solutionis et petitionis, nec quidquam prohibere, quominus solvi possit, quod peti non potest. Argumento esse, quod in diem debetur: quod ante diem peti non potest; constat tamen ante recte solvi. *L. stipulatio ista, §. inter, sup. L. quod certæ, infr. de sol.* 6

† Sed an volenti tantum creditori, an etiam invito? Et ex hoc loco colligi quis dixeris volenti tantum solvi posse contra, quam disseruimus supra *ad L. eum, qui Calendis, §. ult. eod.* in ea parte, ubi de effectu diei adjecti scri- 7

primus. Comparat enim hoc loco Venulejus solutionem rei in diem promissæ quæ tamen peti non possit, cum solutione ejus quod certo loco dari promissum sit, et alio loco solvatur, quam in quo promissum est. At hoc alibi volenti tantum solvi posse diximus, non invito. Sed observandum est, qua in re comparentur istarum stipulationum solutiones. Et non comparantur in eo, quod id, quod peti non potest, tamen solvi potest volenti creditori (nam de volente aut invito creditore utrobique nihil adiicitur): sed tantum in eo quod solvi potest, etiam quod peti non potest: solvi, inquam, simpliciter, non autem volenti aut invito solvi. Quare ut libenter concedo ex verbis hujus loci liquido non probari, quod in diem debetur, ante diem etiam invito solvi posse; ita volenti tantum posse solvi, ex eo loco nullo modo colligitur. Ut enim in priore specie efficiatur aliquid alicubi solvi posse, etiam quod ibi peti non potest, satis est dici in specie posteriore id quod ante diem peti non potest, tamen ante diem posse solvi. quocunque tandem modo solvi possit, sive volenti sive invito creditori. Postremo cum in solutione ejus, quod ante diem solvitur, nihil exprimatur hic, quid volenti fieri possit aut etiam invito, et maxime cum de ea solutione agatur hic obiter, non quo jus de ea re tradatur: quod hic omissum est, id aliorum locorum regulis relictum intelligendum est, in quibus de hac specie ex professo agitur, ut *d. L. stipulatio ista. §. inter, sup.* et *d. L. quod certa, infr. de sol.* qui quales sint. suo loco satis ostendimus.
8 † Quod reliquum est, docet Venulejus in extremo, non idem usquequaque de effectu superioris temporis in contrariam partem probandum esse, quod de cæteris temporibus natura certis; ut eo non transacto dicatur nondum etiam agi posse. Vult enim ne hic quidem adhuc posse agi; sed ita, si promissor intra id tempus non pervenit Ephesum. Quod si maturus, quam quis quam pro consuetudine hominum solet, eo pervenerit, *confestim*, inquit, *obligatus est.* Quod cum effectu dictum accipi debet, ut significetur ita eum obligatum, ut confestim cum eo agi possit, ut et in *L. eum, qui Calendis, §. ult. supr.* Non ergo vera est definitio temporis superior, dixerit aliquis. Quoties enim tempus aliquod adiicitur obligationi, non alia ejus vis esse potest, quam ut differatur si non obligatio, at certe petitio, alioqui frustra adiiciatur, atque adeo non sit obligatio in diem, *§. in diem. Inst. eod.* Quare si vere tempus superius in hac caussa definitum est, diei debuit, ante quam id præterierit, omnino agi non posse. Quod si agi potest, fatendum est male id tempus definitum esse. Hoc diluit Venulejus, cum superioris sententiæ confirmandæ caussa hac ratione utitur: *quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturæ locus.* Non enim dubium est, quin hoc tantumdem valeat, ac si ita dixisset. Recte dicerentur ista, quæ obiecimus, si supra definitum esset tempus in universum, intra quod ex hujusmodi stipulationibus, quæ loca adjecta habent, agi posset. Nunc autem intelligi debet, id solum definitum esse, de quo natura non constet. Quod tunc accidit, cum intra idoneum tempus dicitur promissor in locum constitutum non pervenisse, et quæritur, quod nam sit id idoneum tempus, intra quod possit commode eo pervenire. † Tunc 9
enim res dubia coniecturis, et definitione atque auctoritate prudentium indiget, ut explicetur. At ubi promissor certo pervenit Ephesum multo maturius, ad hanc veritatem et certitudinem naturæ superior definitio non pertinet, atque adeo etiam hic sit inepta, utpote quæ conjecturis voluntatis nitatur. In eo autem, quod tempore atque facto finitum est, idest, in eo, quod certo factum est, non est opus coniecturis, aut prudentia aliqua ad rem explicandam, quæ natura certa est, et seipsa ostendit. Proinde hic definitio ex re ipsa sumetur, dicemusque id tempus præteriisse, quo potuit promissor pervenire Ephesum, cum ra vera eo pervenerit. † Quod ait sic posse promissorem matu- 10
rius, quam quisquam soleat, Ephesum pervenire, si felici navigatione usus sit, aut *diplomate*; hoc posteriore significat, si promissor usus sit ad iter equis cursoriis, seu cursu publico, qui olim exceptis quibusdam personis interdictus erat constitutionibus. *L. his tantummodo, C. de cur. pub. lib.* 12. ideo si quis eo uti vellet, opus erat diplomate, idest, libellis Principis, quibus ejus rei potestas fieret: ut et viri docti alii in hunc locum, alii in suis lexicis recte acceperunt. Itaque caussa hic posita est; ex qua effectus intelligeretur, diploma pro cursu publico, qui ut sit, diplomate Principis efficitur.

Ad §. *Item qui insulam.*

Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris, et plurimis operis adhibitis festinare debet: nec rursus utroque aut altero contentus esse: sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis ædificatoris, et temporum, locorumque. Item si non inchoetur opus, id tantum æstimetur, quod in illo intervallo effici potuit: transactoque tempore quo insulam consummare oportuerit, si postea ædificetur, liberetur qui se daturum spopondit, si quandoque tradit.

SUMMARIA.

1. *Stipulationibus faciendi tempus inest, intra quod possit opus perfici.*
2. *Tempori huic quis modus statuatur.*
3. *Temporis ita statuti quis effectus.*
4. *Ex stipulatione, insulam fieri, ob non inchoatum opus, simulatque mora insulæ faciendæ fieri cœperit, agi potest.*
5. *In stipulatione hac promissor post moram faciendo, modo lis contestata nondum sit, liberatur.*

1 Quod loco adiecto fit, ut tempus insit sti-
pulationi, quo perveniri in eum locum possit
de quo superiore §. dictum est: hoc idem
evenit in faciendi stipulationibus, ut conti-
neatur id tempus, intra quod possit opus
2 perfici. *L. interdum, supr.* † Sed nec hoc cer-
tum est natura, non magis quam superius:
cum inter peritiam et diligentiam artificum
magna sit differentia. Ergo idem hic quæri-
tur, quod supra, quem huic tempori, quem
diligentiæ ædificatoris statuere debeamus mo-
dum. Quod dilucide Venulejus hic initio ex-
3 plicat. † Sed et hoc die obligationi constituto
eadem illa duo, de quibus superius diximus,
sunt hic quoque consequentia, ut neque agi
possit ex hac caussa ante, quam id tempus
præterierit, ut diserte traditum est in *L. si ita
stipulatus*, 14. *supr. eod.* et rursum eo *tran-
sacto* confestim et sine exceptione agi possit,
ut est conditio omnium obligationum, quæ
sunt in diem. §. *in diem. Inst. eod.* Etsi au-
tem hæc quoque de effectu hujus temporis
vera sunt, si quis ea recte, et quo sensu di-
cuntur, accipit; tamen nisi attendimus, fal-
lere nos possunt. Id ergo ne accidat, hic
quoque, ut ante, utrumque horum postea
attingit, et quomodo accipiendum sit, monet.

† Cum enim ait, *item si non inchoetur opus* 4
*id tantum æstimetur, quod in illo intervallo
effici potuit:* pertinet hoc ad prioris illius
partis interpretationem, nec aliud signifi-
cat, quam id quod dicitur ante quam id
tempus præterierit, ex ea caussa agi non
posse, sic esse accipiendum, ut non possit
agi totius operis non perfecti nomine: cæ-
terum ob non inchoatum opus, simulatque
mora insulæ faciendæ fieri cœperit, agi
posse: ut æstimetur id solum, quod intersit
stipulatoris id factum esse, quod factum non
fuit. De qua distinctione diximus ad *d. L. si
ita.* 14. *supr.* † Quod autem addit, *transa* 5
*ctoque tempore, quo insulam consummare
oportuerit, si postea ædificetur*, liberari reum:
huc spectat, ut admoneamur, quod in alte-
ram partem dicitur transacto eo tempore
statim agi posse in id, quod interest, non sic
esse accipiendum, quasi omnino et præfracte
semper agi possit a stipulatore; sed ita, si
pergat promissor non ædificare, et eo no-
mine patiatur secum litem contestari. Cæ-
terum si ante litem contestatam ædificet,
posse eum liberari: de quo est in *L. si insu-
lam, supr. eod.*

Ad §. *Illud Inspiciendum.*

Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo si neque domi habet neque inveniat creditorem. Sed hæc recedunt ab impedimento naturali, et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personæ commodum incommodumque, non rerum quæ promittuntur: et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quæremus ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit, dare spondeat. Nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia in pecunia et in Sticho illud commune est. Quod promissor in præsentia dare non potest. Et generaliter caussa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum quem dominus non vendat, dare promiserit.

SUMMARIA.

1. *Difficultas præstandi, seu impedimentum promissoris, an quibusvis in rebus petitionem differat.* et n. 5.
2. *Difficultatis caussa ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: quæ sententia duobus argumentis confirmatur.* et n. 4.
3. *Lectio Florentina notatur.*

1 Postquam ex hac stipulatione, Ephesi dari, placet non statim pecuniam peti posse; quia non statim pervenire Ephesum promissor potest, de quo dictum est *sup.* §. *cum ita.* Postquam etiam eum, qui insulam ædificari promisit, placet non statim teneri, quia non statim ædificare potest, de quo in §. *præced.* quam ob caussam placet etiam utrobique petitionem differri, donec et illic tempus prætetierit, intra quod perveniri potest Ephesum, et hic insula ædificari; haud abs re est, cur videatur dici debuisse in rebus quoque omnibus promissis itidem cessare obligationem, si promissor non possit rem, quam promisit, præstare, eoque id tempus expectandum, cum possit. Consentaneum enim esse, ut quod in quibusdam obligationibus efficit difficultas præstandi, quod promiseris, id, cum eadem intervenit, efficiat in omnibus. Recte igitur atque ordine fecit hoc loco Venulejus, ut cum de superioribus duabus caussis dixisset, subjiceret hanc quæstionem, an re aliqua promissa, quæ quidem sua natura dari possit, quam tamen nondum promissor possit dare, non possit confestim agi, sed insit id tempus, quod in prioribus illis, quo promissor dare possit. Sic enim conveniebat, ut dubitationem, quæ ex supra scriptis caussis hic nascebatur, tolleret, et de difficultate rei præstandæ in universum definiret, ubi et quæ impediret obligationem, aut non impediret. Finge aliquem promisisse centum, qui ea non habeat domi, nec inveniat crediturem: aut cum Romæ esset, promisisse Stichum, qui sit Ephesi, aut Stichum alienum, quem dominus non vendat. Summa Venuleii sententia est, quæcunque res mobilis promittatur, cujus alioqui commercium sit, si promittatur pure, et loco non adjecto ubi detur, confestim promissorem teneri; nec ideo differri petitionem, quia hanc promissor in promptu non habeat, quantumvis justis difficultatibus impediatur, quominus eam possit præstare. Quæreret ergo aliquis, qui fiat, ut in superioribus caussis obligationum differatur petitio, quia promissor statim pervenire Ephesum non possit, aut quia non possit statim æ-

dificare insulam: hic autem placeat non differri, ubi nihilominus constet promissorem rem promissam adhuc dare non posse? Occurrit huic dubitationi Venulejus cum ait, *sed hæc recedunt ab impedimento naturali, et respiciunt ad facultatem dandi*. Significat enim non esse, cur hæc caussa superioribus comparetur: quoniam in prioribus duabus caussis, quod promissor pervenire statim Ephesum non potest, aut non potest statim insulam ædificare impedimentum est naturale. Non enim ideo hæc ille facere non potest, quia impediatur ipse privatim, sed quia natura ipsa præstari ea non possint neque ab ipso neque ab ullo alio. Cujusmodi impedimentum cum præstationem præsentem impossibilem reddat, sic obstat obligationi, ut differat petitionem, donec prætererit id tempus, quo poterant illa præstari. Quod autem in hanc specie, de qua agitur, promissor rem dare non potest ob eas difficultates, quas diximus, non naturale impedimentum hoc est, sed personæ: idest, non id, quod sit in natura, quæ rem prohibeat dari: sed quod sit in persona promissoris, qui ideo rem dare non potest, non quia non possit res dari, sed quia ipse ea

3 se careat. † Ac generaliter de hoc genere impedimenti in extremo ita definit, caussam difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinere. Quominus autem dubitemus ita esse, hanc sententiam duobus argumentis confirmat ductis ab absurdo. Unum est in illis verbis. *aut si non*. Quod est hujusmodi: si dixerimus re promissa, quam promissor ob aliquas privatas caussas statim præstare non potest, differri petitionem, donec eam possit præstare; eveniet, ut Sticho Romæ promisso, qui erat Ephesi, insit stipulationi tempus, quo perveniri possit Ephesum, quia promissor, si servum ipsi tradere velit, ante hoc tempus id facere non potest. Atque ita nihil intererit, utrum quis, qui sit Romæ, promittat Stichum Ephesi se daturum, an vero simpliciter nullo adjecto loco promittat se daturum eum, qui sit Ephesi: quod minime probandum est, et Venulejus pro absurdo habet. Est enim contra omnium juris auctorum sententias, qui quod dicitur exspectandum esse tempus, quo Ephesum perveniri possit, ibi solum tradiderunt, ubi is locus ad dandum stipulationi adjectus est. *§. loca, inst. eo. L. interdum, supr. L. 2. §. qui ita, de eo, quod cer. lo.* † Animadvertendum est autem hoc loco perperam legi in Pandectis Florentinis, *aut si non*. Nam hæc oratio, *si non multum referre videatur* conditionalis cum ait, subjunctivam aliquam orationem desiderat: quæ hic nulla est. Nec multum profecerimus, si hæc verba, *aut si non*, interpretemur per *nisi*. Etsi enim nemo Latinorum, quod sciam, ita loqui solet, neque hæc verba fuisse puto in exceptionum formulis ad exceptionem significandam, sed potius illa, *at si non*, pro; At hoc ita, quod intendis, *si non*, quæ sunt verba exceptioni convenientia: tamen etiam hac significatione admissa multo deterior sententia efficietur non tantum non conveniens huic loco, utpote quæ ad institutum probandum nihil valeat; sed etiam ipsa per se plane inepta et nugatoria, hæc nimirum; si dicemus Sticho promisso cessare obligationem, donec promissor eum dare possit, et Stichus erit Ephesi, exspectandum erit, donec Ephesum perveniri possit, ubi servus est, ut vel illic tradatur, vel illinc traducatur alio, ubi queat dari. Atque ita non multum intererit, utrum Stichum hunc simpliciter quis promiserit, an promiserit Ephesi se daturum: nisi tamen utrum horum fiat, multum referre videatur. Ut in summa sit hæc sententia, non interest inter hæc, nisi intersit: hæc non differunt, nisi differant. Quod nihil aliud est, quam si ita dicatur, hæc non differunt, si non differunt, propterea quod *nisi et si non* idem valent. Quod quam sit ridiculum et nugatorium, quamque ad probandum id, quod Venulejus instituit, nihil pertineat, nemo non videat. Necessario igitur ita legendum est, ut et in aliis exemplaribus legitur; *ut sic non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit dare spondeat*. Estque hæc lectio optima: ubi non tantum sententia perfecta est, sed inest etiam ratio ad id, quod instituit, probandum efficax. Prius enim dixerat: *alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quæremus, ubi sit Stichus*. Subjicit continenter, *ut sic non multum referre videatur*. Id autem est: ut hoc admisso quærendum esse ubi sit Stichus promissus consequens sit non multum referre videri Stichumne Ephesi se daturum, an eum qui sit Ephesi, simpliciter quis promittat. Deest assumptio, et conclusio: sed quarum utraque per se satis intelligitur hoc modo. Hoc autem, non multum inter hæc interesse, falsum est: ergo et illud, unde sequitur. † Al- 4
terum ejusdem rei confirmandæ caussa argumentum est in extremis illis verbis, *ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit*. Hoc autem hanc sententiam habet: Si dixerimus difficultatem et incom-

modum præstationis ad stipulatorem, non promissorem pertinere: ut prius definierat; consequens erit dicere eum, qui servum alienum promisit, non teneri, si dominus eum servum non vendat: quoniam non possit quisquam, qui dominus non sit, rem dare, idest ejus rei dominium transferre. *L. traditio, sup. de acq. rer. dom. L. nemo plus, infr. de reg. jur.* Nec vero est, quod promissori imputetur, si eum servum non acquirit, quem det ubi dominus eum noluit vendere. Dici autem hoc casu promissorem non teneri, quia dominus non vendat servum promissum, etiam hoc pro absurdo habet Venulejus: quia sit inauditum, sitque contra omnium juris auctorum sententias: quod pro certo sumit,
5 quia sit juris explorati. † Summa bæc sit: cum de difficultate aut incommodo præstationis rei promissæ agitur, quæriturque an ob eam caussam stipulatio non valeat, aut differatur: in eo bæc regula juris tenenda est, qua facile res expedietur; impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infr. de reg. jur.* Impossibitium enim eum dicitur, facile declaratur contrariarum rerum obligationem consistere, et ex ea statim agi posse. Impossibilia autem sunt, non quæ promissor non potest præstare, sed quæ conditione ipsa talia sunt, ut non possint bac conditione manente præstari vel ab ipso, vel ab alio, sive natura efficiatur, quominus dari possit, sive jure. Proinde quod ita dari non potest, nec potest in stipulationem deduci: *L. si stipulor. supr.* et si quid promissum ad aliquod tempus non potest præstari, differtur petitio donec id tempus præterierit: ut loco dandi adjecto, et in stipulationibus faciendi accidit, de quibus proxime dictum est. Quod si promissum erit, quod per se dari possit; quamvis bic non habeat domi promissor, quod det; tamen et consistet obligatio, et confestim promissor tenebitur. In quam sententiam dictum est, quod proxime sequitur in §. *si ab eo,* Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit; jure factam obligationem. Datur quidem debitori spatium ad solvendum: *L. si debitori. supr. de jud. L. quod dicimus. infr. de sol.* sed datur confitenti, idem quod et judicatis, *d. L. si debitori.* Quod non est argumentum promissorem statim non teneri: sed contra maxime teneri. Judicatos enim constat non solum tunc obligatos esse, cum condemnati sunt, sed etiam tunc fuisse cum agi eum illis cœptum est. Alioqui frustra cum illis judicio actum esset. *L. cedere. infr. de verbor. signific.* Ideo dicitur bis spatium ad solvendum non dari, sed indulgeri; non obligationis jure, sed humanitatis caussa. *L. cum militi. §. ult. supr. de comp.* de quo plura ad *L. cum, qui Calendis, §. ult. supr.* Ne illud quidem argumento est, eum, qui rem promissam in potestate non habet, confestim non teneri quia, si interpellatus non dedit, dicitur moram non facere. *L. quod te, supra si cer. pet.* Non enim solus moram non facit a quo pecunia peti non potest: sed omnis omnino, qui differendæ solutionis aliquam caussam habet justam, etiam si maxime debeat. *L. sciendum, et seqq. supra de usur.* ut constat de eo, qui debet re vera, sed ignorat se debere: *dict. L. quod te.* cum quo nihilominus secte judicio agitur. *L. illud, sup. de her. pet. L. si quis solutioni, supr. de usur,* Illud notandum est, quod re simpliciter promissa negamus dilationem stipulationis inesse etiam si promissor rem in potestate non babeat: in his solis rebus locum habere, de quibus tractat Venulejus hoc loco, id est, in pecunia et Sticho, et generaliter in rebus mobilibus, quæ ut loco moveri possunt ita quovis loco natura sua possunt præstari. Alia caussa rerum immobilium, puta fundi. Hic quia non moveatur loco, non potest natura alibi tradi, quam ubi est. Ideo recte scriptum est in §. *ult. Inst. de inutil. stipul.* fundo promisso non posse stipulatorem continuo agere, sed tunc, cum tantum spatii præterierit, quo traditio fieri possit. Adjicitur ibidem et de Sticho promisso: sed ita, ut eum accipere debeamus, qui itidem ut fundus certo loco detineatur, vel vi, ut si sit apud hostes, vel venditionis lege: quem locum exposui diligentius ad *d. L. cum, qui Calendis. §. ult. supr.* in ea parte, in qua de jure et effectu puræ stipulationis agitur.

Ad §. *Si ab eo stipulatus sim.*

Definitio est ad superiorem disputationem pertinens, cujus pars hæc est, et appendix, de qua et illic diximus.

Ad §. *Cum quis sub hac conditione.*

Idem in *L. inter*, §. *sacram*, vers. *sed hæc dissimilia*, *supr.* quem locum partim ibi, partim ad *L. si rem meam* 31. *supr.* *exposuimus.*

Ad §. *Si ut aliquid fiat.*

Idem in *L. cum quid ut fiat*, 71. *supr.* ubi dixi.

Ad §. *Præterea sciendum.*

Et de sententia hujus loci abunde a me dictum est, unaque totus hic locus, possimusne stipulando acquirere uni tantum ex heredibus, et quid acquirere, tum quatenus, diligenter tractatus ad *L. stipulatio ista*, §. *alteri supr.* in ea parte, qua ex tribus generibus earum personarum, quibus stipulari nos posse illic posuimus, disseritur de heredibus, quibus recte nos stipulari constet.

Ad L. *Eum, qui certarum.* 138.

Exposui initium in *L. qui hoc anno* 42. *supr.* §. *ult. in L. qui ex pluribus* 106. *supr. eod.*

Ad L. *Cum ex caussa.* 139.

Et hic locus ante expositus est ad *L.* 4. §. *ult. supr.*

Ad L. *Pluribus.* 140.

De initii, et §. 1. sententia satis dictum est ad *L. scire.* 29.

Ad §. *Etsi placeat.*

Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est. Ecce stipulari viam, iter, actum ad fundum communem, socius non potest: et tamen si is qui stipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extinguitur stipulatio. Et per partem dominorum servitus adquiri non potest, adquisita tamen conservatur et per partem domini. Hoc evenit, si pars prædii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse cœperit.

SUMMARIA.

1. *Regula juris, Exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, an sit perpetua.*
2. *Capita circa explicationem superioris regulæ notanda.*
3. *Confirmat in multis juris partibus regulam hanc veram esse, et pro jure certo observari.*
4. §. Ex contrario, *Instit.* de legat. et *L.* in ambiguis, §. 1. infra de reg. jur. *cum definitione superiore conciliantur.*
5. C. factum de reg. jur. *in* 6. *an regulæ superiori advercetur.*
6. *Loci exemplorum, in quibus regula illa veterum locum non habeat monstrantur.*
7. *Exempla duo hujus §. an rei propositæ a Jurisconsulto convenienter adducantur.*
8. *Causæ tractantur, in quibus res gesta resolvatur, et contra, in quibus non resolvatur, cum in eum casum reciderit, a quo incipere non poterat.*
6. *Differentiæ, quæ in negotiis omni ex parte perfectis, ut nihil amplius ad consummationem desiderent, et in iis, quæ ita consistunt ab initio, ut tamen nondum plane perfecta sint, sed vis eorum adhuc pendeat, constituta est ratio.*

1 Quod ait Paulus, placere exstingui obligationem si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, significat regulam hanc veterum fuisse, si non eam, quæ reciperetur ab omnibus (ut non omnibus probatam esse constat ex §. *ex contrario, Instit de legib. L. verbis, supr. ad leg. Fal. L. existimo, supr. eod*) at certe eam, quæ plurimum reciperetur sententiis, et jam pro jure obtineret, ut proinde ad eam explicandam ejus interpretatione opus fuerit. Et regulam juris fuisse ejusmodi, quam dixi, sciri potest ex *L. pro parte, supr. de ser. L. 3. in fi. supr. de iis quæ pro non ser. hab.* in his enim locis generaliter definitio tradita est. et pro ratione ejus, de quo quærebatur, tanquam sententia juris minime controversi usurpata. Hanc ergo Paulus interpretatur, et ait non esse veram in omnibus. Quibus verbis duo statuit. Ut enim negat in omnibus veram esse: ita eam in quibusdam caussis impro-
2 bans, in aliis veram esse concedit. † Hæc distinctio postulat, ut circa hanc regulam tria hæc explicemus. Primum, an utraque pars hujus distinctionis vera sit; quoniam videri possit esse in aliis locis, quod utrique adversetur; adeo varie de hac re in libris nostris scriptum est. Alterum, si utraque vera est, quæ sint caussæ, in quibus res duret: quæ contra, in quibus non duret, cum in eum casum reciderit, a quo incipere non poterat: nam hoc nusquam a veteribus definitum legimus. Tertium, quæ sit distinctionis ejus ratio: quæ si nulla reddi possit, necesse sit videri aut in omnibus caussis pariter eam regulam admitti debuisse, aut
3 pariter in omnibus repudiari. † Et quin vera sit distinctio, et ea, quæ aliis quoque locis ac sententiis veterum maxime agnoscatur, dubitari non oportet. Volumus pleraque ab initio recte gesta infirmari, si in eum casum inciderint a quo incipere non poterant. Multis hoc argumentis juris confirmatur. Nam si res utiliter promissa eo redierit, ut jam stipulatori dari non possit, quæcumque res sit promissa, et quocumque modo desinat posse dari, magno consensu receptum est in his omnibus corrumpi stipulationem, ut deductam in eum casum, a quo incipere non poterat. Valet hoc in rebus corporalibus promissis omnibus, sive desinant esse in hominum commerciis, sive stipulatoris fiant ex caussa lucrativa. *L. inter, §. sacram, §. si rem, supr. eod. §. item contra, inst. de inut. stip.* Idem placet in servitute ad fundum stipulatoris promissa, si postea stipulator fundi partem alienaverit; quippe qui ab initio pro parte dominii servitutem nec acquirere nec stipulari posset. *L. pro parte supr. de ser.* Valet hoc idem in legatis, sive personæ legatarii, sive rei legatæ mutatio eo rem deduxerit, ut legatum dari non possit. *L. 3. supr. de iis, quæ pro non ser. hab.* Sed et testamentum ipsum constat irritum fieri, si testator deportetur postea, aut adoptione alieno juri subiici cœperit: quia hoc statu personæ nemo ab initio testamentum recte faceret. *L. si quis filio, §. irritum. supr. de injust. rup. §. alio, inst. quib. mo. test. infir.* Nec in his caussis ulli loci juris particulatim dissentiunt. Sed de quibusdam locis, qui adversus regulam initio positam generatim scripti videntur, dubitari potest. † Nam in §. 4
ex contrario, inst. de lega. generalis hæc sententia legitur: *non enim placuit sententia existimantium exstinctum esse legatum, quia*

in eam caussam pervenerit, a qua incipere non potest. Generaliter et illud contra scriptum videtur in *L. in ambiguis*, §. 1. *infr.* de reg. jur. non *est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.* Sed non sunt hæc ita scripta, ut in totum verum esse negent, quod recte gestum est, exstingui, etsi in eum casum incidat, a quo incipere non potuit: sed ut significent non recte id in universum definiri; denique multis in caussis falsum esse. *Non placuit*, inquit Justinianus, *sententia* id *existimantium.* Recte: quia generaliter hoc definitur, et sine exceptione. Hoc autem falsum est. Sed ut falsum sit, non est necesse falsum esse in omnibus; satis est si vel in una specie falsum sit. Cum enim universalis oratio est, si in ea aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit, quod a Dialecticis sumptum positum est a Juliano in *L. si is qui ducenta*, §. *utrum supr. de reb. dub.* Sed et illud quod dicitur, *non est novum, ut quæ utiliter constituta sunt, durent*; non significat semper et in totum id ita esse, sed multis modis accidere, ut durent; ut proinde si quis id in aliquo statuat, non debeat novum videri. Nam et in *L. non est novum*, *supr. de acq. rer. dom.* ita scriptum est; *non est novum, ut qui dominium non habet, alii dominium præbeat;* quod tamen constat non ita dici, quasi qui dominium non habent, omnes et semper alii dominium præbere possint; quod aperte falsum est, at regula juris nominatim contrarium traditur. *L. nemo plus, infr. de regu. jur. L. traditio, supr. de acq. rer. dom.* sed hanc significationem habet, non esse id novum, quia pluribus in caussis receptum sit jure, ut fiat, ut postea exemplo creditoris

5 ibidem declarator. † Potius contrariam esse quis dixerit regulam Juris Pontificii hanc; *factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, a quo non potuit inchoari C.* factum, *de reg. jur. in* 6. Et est contraria omnino, si id sentit auctor, quod verba exprimunt. Excludit enim casus omnes qui postea incident, et vetat generaliter eos casus infirmare, id quod legitime factum sit. Sed si non de omnibus casibus, a quibus ab initio incipere res non poterat, regula accipienda est, ut non esse, accipiendam ejus juris interpretibus placuit, regula non adversatur: admittimus enim et Jure Civili idem servari. Sin auctor hoc sentit, nunquam ea re incidente, a qua negotium incipere non poterat, quod ante recte gestum erat, infirmari; regula falsa est, qua adversus superiora illa, quæ Jure Civili recte constituta sunt, moveri non oportet. Id enim mutare non potuit. Apparetque ejus regulæ auctores (si modo id senserunt, quod dixi, quod nolim affirmare) in hanc sententiam adductos esse, ut etiam ex auctoritate Juris Civilis generaliter ita definiendum putarent, deceptos superioribus illis sententiis, quas retulimus ex §. *ex contrario, Inst. de legat.* et *L. in ambiguis*, §. 1. *infr. de reg. jur.* eas enim sic sunt interpretati, quasi illæ vellent, quod semel recte constitutum esset, nunquam eventu ullo rescindi; cum tamen non is sit eorum locorum sensus, ut ostendi. Manebit igitur prius illud, quod supra posuimus, ut forte sententia illa veterum, quod recte gestum sit, exstingui, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest; ut, inquam, sententia hæc non sit perpetua tamen in multis partibus juris veram esse, et pro jure certo observari. Sed non minus et illud verum est, quod hic Paulus scribit, non esse eam perpetuam multisque modis accidere, ut duret, quod semel utiliter constitutum est, quamvis ille casus exstiterit, a quo incipere non poterat. † Quod et ipsum 6
innumeris rebus probari potest: in quibus recensendis ne sim longior, locos ex quibus exempla petantur, indicare contentus ero. Huc ergo pertinent. §. *furiosi*, *Inst. quib. non est. permis. fac. test. L. oratione*, §. *ult. supra de rit. nupt. L.* 3. *C. de interd. matrim. L. donationes in supr. de don.* §. *ex contrario. instit. de legat.* Ex variis autem caussis in quibus regula illa veterum locum non habeat, duo genera profert hic Paulus exempli loco, quo non in omnibus veram esse, ut proposuerat, confirmet. Exempla sunt ejusmodi, in quibus si res ipsa, quæ his continetur; spectetur, non fuerit necesse nobis ea attingere, nam de jure stipulationis ejus, qua quis viam ad fundum suum stipulatus est, si is decesserit pluribus heredibus relictis (quod prius exemplum est) satis dictum est ad *L.* 2 §. *ex his supr. eod.* quod autem dicitur de servitute constituta, posse hanc etiam per partem dominii retineri (quod est exemplum posterius) ad servitutis quæstionem pertinet, non stipulationis: et ipsum præterea est juris explorati. *L. unus, supra de ser. rust. præd* † Sed genus ipsum prohibitionis, cujus caussa hæc exempla adducuntur 7
considerandum est: siquidem videri potest neutrum satis rei propositæ convenire. Quod enim in priore stipulator viæ decedit duobus heredibus relictis, in eo nihil accidit, a quo non recte potuerit stipulatio incipere: cum et plures heredes, ut plures alii domini, servitutem ad fundum communem

stipulari possint *L. si unus, supr. de ser. rust. pr. L. ult. supr. com. prædi.* institutum autem erat docere non docere non semper obligationem exstingui, cum recidit in eum ca . m, a quo incipere non poterat. Sed et quod in posteriore dicitur per partem dominii retineri posse servitutem, quæ per partem acquiri non potest: non minus et hoc alienum ab instituto videtur. Propositum enim est de obligatione: hic subjicitur exemplum de servitute constituta: post quam constitutionem nulla est servitutis obligatio. Nam etsi prius aliqua fuisset; tamen tradita et constituta servitute obligatio tolleretur. Et dicendum est, in priore exemplo, cum stipulator viæ decessit pluribus heredibus relictis, si spectemus id quod fieri jure potuit, non videri stipulationem incidere in eum casum, a quo incipere non poterat; cum et eam possent heredes ab initio stipulari. Sed si spectemus id, quod factum est, videri potest in eum casum incidisse; unus enim solus stipulatus est ab initio. Duabus autem heredibus relictis non potest itidem unus servitutem stipulari ad fundum communem. In posteriore autem specie etsi non agitur de obligatione; quia tamen agitur de ea re, puta acquisitione, quæ incidit in eum casum a quo incipere non poterat, non minus exemplum ad propositionem pertinet. Cum enim initio ita scribit, *non tamen hoc in omnibus verum est*; id sic accipi debet; quasi ita diceretur; non tamen hujusmodi sententia in omnibus rebus vera est: ut sit, *hoc*, demonstrativum non substantiæ, sed qualitatis; significeturque non hæc ipsa sententia de qua in specie dictum est, sed omnis hujusmodi, qua placeat rem aliquam exstingui, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest. Hæc, inquam, sententia quæ a veteribus in obligatione usurpata est, non in omnibus caussis vera est, sive sit obligatio sive res alia quælibet, quæ in eum casum quem diximus, inciderit. Nunc redeo ad distinctionem. Verum est igitur utrumque illud, quod Paulus hic significat, nec minus cum aliis partibus juris convenit, interdum ea quæ utiliter gesta sunt, dissolvi, cum in eum casum reciderunt, unde incipere non poterant; interdum non eo minus durare. † Sed parum profuerit id intelligi, nisi sciverimus, quæ sint caussæ, in quibus res gesta ob eam caussam resolvetur quæ contra, in quibus non resolvatur. Deinceps ergo de eo statuendum est. Et videndum est, utrum negotium de quo agitur, perfectum sit omni ex parte, ut nihil amplius desideret ad consummationem: an ita consistat ab initio, ut tamen nondum plane perfectum sit, sed jus ejus adhuc pendeat. Perfectum dicimus, quod eum finem, ad quem destinatum erat, jam consecutus est. Pendere autem, nec plane perfectum esse id quod alicujus rei caussa institutum, nondum ad suum finem et effectum pervenit. Ut puta, donatio, omniusque translatio rei, negotium in se perfectum habet, quia earum rerum finis hic est, ut res fiat accipientis. Hoc autem traditione rei dominii transferendi caussa interposita statim perficitur. Idemque de servitutis constitutione dicendum est. Huic enim propositum est, ut servitus in alieno fundo esse incipiat, quæ debeatur nostro. Hæc autem statim esse incipit, postquam constituta est. Contra stipulatio, et contractus omnis, item testamentum, et legata, ac fideicommissa, omnia sunt ejus generis, ut cum ab initio utiliter constituta fuerint, non statim tamen plene perficiantur, sed jus eorum adhuc pendeat. Nam et stipulatio eo contrahitur, ut quid detur aut fiat, ac nisi id sequatur, stipulatio sit inutilis. *L. 2. L. 3. §. stipulatio, supr. eod.* et testamentum instituitur, ut quis ex eo exsistat heres: sine quo testamentum sit irritum. *L. 1. supra, de in. rup.* Nec minus in legatis aut fideicommissis, quam in stipulationibus, id agitur, ut quid in legatarium aut fideicommissarium conferatur: quo non dato nullum relictum est. *L. legatum, supr. de legat.* 1. De negotiis plane confectis sine exceptione ita definiemus: quæ utiliter ita constituta sunt, ut ad consummationem nihil desiderent, sed ad finem et effectum suum jam pervenerit, nunquam hæc eventu infirmantur ideo, quia ille casus exstiterit, a quo incipere non poterant. Argumento sunt donatio semel perfecta, servitus prædio recto constituta. Donatio inter virum et uxorem non valet *L. 1. 2. 3. supra, de donat. int. vir. et ux.* Si ante nuptias recte quid donatum sit, placet non ideo infirmari donationem, quia matrimonium inter easdem personas postea contractum fuerit. *L. donationes, supr. de don.* erat enim jam ante donatio omni ex parte perfecta. De servitute autem hic scriptum est, non posse hanc fundo acquiri ab eo, qui pro parte dominus sit; acquisitam tamen et per partem dominii conservari: idest, retineri etiam tunc, cum dominus partem fundi alienavit: quamvis hic recidat acquisitio in eum locum, unde incipere non potest: scilicet, quia acquisitio servitutem dedit: hæc autem acquisitione solum quærebatur. Quod si negotii gesti jus adhuc pendet: hic demum locum habet illa varietas, de qua diximus, ut

interdum exstinguatur res, cum in eum casum incidit, a quo incipere non poterat; interdum non exstinguatur. Utrum autem horum fiat, non ex genere negotii, sed ex conditione casus postea intervenientis æstimandum est. Nam quod postea incidit, aliud atque aliud jus postulat. Quare in hoc genere hæc brevis distinctio tenenda est. Videndum est, ille casus, in quem postea negotium incidit, utrum is sit, qui impediat, quominus negotium recte cœptum ad exitum et finem constitutum perducatur: an vero is, qui non impediat; ut si impedit, negotium resolvatur; si non impedit, duret negotium non minus, quam si nihil omnino evenisset. Utriusque partis exempla suppeditant contractus, testamentum, et quæ hic relinquuntur legata aut fideicommissa. Quid est enim, cur in stipulationibus si res promissa sacra aut religiosa facta sit, aut liber homo servus, obligatio exstinguatur *L. inter. §. sacram, supr. eod.* si autem eadem re manente stipulator furere cœperit, duret stipulatio nihilominus? *Arg. in §. furiosi. Instit. quib. non est per. fac. test.* nam utrumque est ejusmodi, ut ab eo stipulatio incipere non potuerit. Non alia caussa est, quam quod stipulatione contracta hoc etiam superest ad rem perficiendam, ut res promissa detur, non ut quidquam amplius de eadem re conveniat. Impeditur autem hic finis, cum res venit in eum locum, ut desinat posse dari, non etiam cum stipulator mentis compos esse desiit: facultas enim dandi una cum judicio non amittitur. Qua ratione placuit et cum, qui viam ad fundum suum stipulatus, ejus fundi deinde partem alienavit, corrumpere stipulationem; quia jam ex illo via illi dari non potest. *L. pro parte, supra, de ser. L. unus, supra, de ser. rusticor. prædior.* Cum si stipulator in furorem aut aliam alienationem mentis incidisset, nemo tamen diceret promissorem ideo liberari; cum et furioso per curatorem dari possit. Hac ipsa de caussa et in testamento rite facto evenit, ut cum postea quædam inciderint, a quibus consistere initio non poterat, tamen alias duret, alias irritum sit. Nam si quid postea in persona testantis accidat, quod ei judicium adimat, non eo minus valet testamentum: ut si furiosus factus sit, aut prodigus, aut mutus et surdus: quo tamen statu ab initio si esset, testamentum facere non posset. *§. furiosi, §. item prodigus, §. item surdus, instit. quib. non est permiss. fac. testamen.* Eidem damnatu si publicatione adimantur bona, aut si potestati alienæ ipse subjiciatur: testamentum irritum fieri constat uti nec ab initio hoc statu personæ testamentum posset facere. *L. ejus. §. 1. supra, qui testamen. fac. poss. L. 6. §. irritum. supra de inoffic. testamen. §. alio. instit. quib. mod. testamen. infir.* Scilicet quia testamento cæteris rebus ab initio recte confecto, tamen hoc etiam ad vim ejus superest, ut exitum habeat; id est, ut hereditas, et quæ cætera illic relicta sunt, ex eo capiantur. Hoc autem quominus eveniat non impedit furor postea interveniens, aut administratio bonorum, seu orationis facultas adempta: quandoquidem et post illa nihilominus testator bona sua retinet. At impedit bonorum amissio, si quis in totum facultate aliquid habendi excidat: hac enim amissa nihil relinquitur, quod ex testamento capi possit. In legatis hæc eadem distinctio et ratio potest observari. Si servo alieno quid legatum sit, legatum valet. Quod si postea a testatore servus sit redemptus, legatum exstingui placet: quia ab initio servo proprio legari non posset. *L. 3. in fin. supra, de his quæ pro non scr. hab.* Et tamen si debitor quod in diem aut sub conditione debet, leget creditori, ita legatum valet, ut quamvis vivo testatore dies venerit, aut conditio exstiterit, nihilominus tamen placeat consistere legatum: tametsi ab initio quod pure debitum esset, inutiliter, legaretur. *§ ex contrario. Instit. de leg. L. verbis. supra, ad leg. Falc.* Et cur hæc tam varie in legato, cum utrobique exstiterit ille casus, a quo legatum non poterat incipere? Non alia ex re omnino, quam quod in priore specie, id quod accidit, impedit ne legatum exitum habeat: hoc enim etiam post legatum relictum restabat, ut id daretur; dari porro servo proprio nihil potest. In posteriore autem id quod postea accidit, non modo non impedit, quominus legatarius ad rem legatam perveniat, sed etiam quo magis eam consequatur, facit. Quod enim ante debebatur, id creditori legatum est. Etsi maxime inter moras debitum purum esse cœperit; tamen ejus consequendi caussa ad veterem actionem accedet nova actio ex testamento. Hæc facit, ut debitor magis teneatur, et sit debitori ad suum consequendum facilior via. Quod ni ita esset, non essent plures actiones adversus furem proditæ: quæ ea tantum gratia proditæ sunt, ut pluribus actionibus magis teneretur. *§. sic itaque. Instit. de act.* ÷ Sed hac distinctione 9
constituta, ratio differentiæ tertio loco quæritur: qua non intellecta non videantur fortasse hæc genera recte distingui, cum in omnibus pariter res incidat in eum casum, a quo initium capere non potuit. Hæc vero ex his, quæ diximus, non est admodum obscura. Præterita enim, et quæ jam facta sunt,

infecta fieri non possunt: *L. in bello*, §. *facti*, *infra*, *de capt.* futura autem impediri possunt, ne fiant. Proinde si quid ita perfectum erit, ut nihil futuri ad perfectionem desideret: necesse est, quicunque casus postea inciderit, unde incipere non posset, omni modo id quod gestum est, durare: quia nec præterita et jam facta per se mutari possint; nec in eo quod gestum est, sit quidquam futuri, quod possit impediri, quo facto necesse sit etiam quæ antecesserunt, per consequentiam interire. Sed etsi in re erit futuri aliquid, quod desideretur ad consummationem, etiam hic necesse est manere, quæ ante gesta sunt, si quod postea accidit, non sit impedimento quominus id quod desideratur, eveniat. Sic enim fit, ut præterita per se ideo maneant, quia infecta fieri non possint: et a futuris non corrumpantur, quia hæc nullo casu impedita suum exitum nanciscantur. Quod si id quod reliquum erat ad rem perficiendam, impeditur aliquo casu, a quo nec res incipere potuisset: hic primo eveniet, ut quod deerat, non possit exitum habere: per consequentiam autem fiet necessario, ut quæ ante transacta erant, una resolvantur; quia hæc sine eo, quod sequi oportebat, consistere non potuerunt.

Ad L. *Si servus, in pr. et* §. 1. *ult.*

Dixi ad L. si stipulatus fuerim, 76. supr.

Ad §. *Pupillus licet ex quo fari.*

Pupillus licet ex quo fari cœperit, recte stipulari potest: tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur: pubes vero qui in potestate est proinde ac si paterfamilias obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est.

SUMMARIA.

1. *Filiofamilias eadem omnia, quæ patrefamilias, eadem lege, iisdemque conditionibus tribuuntur.*
2. *Regula in filiofamilias notanda.*
3. *Filiusfamilias quamvis impubes nullo auctore recte stipulatur.*
4. *Filiusfamilias pubes etiam nullo auctore recte promittit, et promittendo obligatur.*
5. *Filiusfamilias impubes nullo modo ne patre quidem auctore potest obligari, et cur diversum in pupillo impubere, qui tutore auctore obligatur.*
6. *Tutoris auctoritas ad pupillum obligandum cur potissimum adhibeatur.*
7. *Filiusfamilias impubes hereditatem sibi delatam, quæ ei quæritur, adeundo, patre auctore obligatur, et cur hoc singulare in hac specie.*

1 Quod paterfamil. gerere, et contrahendo efficere potest, id et filiofamil. tributum est, ut possit, cujuscunque sit ætatis: iisdem tamen conditionibus. Etsi enim hic potestati alienæ subjicitur: civis est tamen non minus, eodemque jure in rebus omnibus, præterquam in eo, quod patri acquiritur, uti debet. Inde dictum, filiumfamil. ex omnibus caussis tamquam patremfamil. obligari, et ab id agi cum eo tamquam cum patrefamil. posse *L. filiusfamilias, supr. prox. tit.* Si obligari potest, quanto magis acquirere? Sed expendendum est, quod dicitur, obligari eum tamquam patremfamil. Quod significat ubi paterfamil. non obligaretur, ibi futurum, ut nec filiusfamilias obligetur: non quia filiusfamilias sed quia res obligationem prohibeat; omninoque quod initio dixi, tribui filiofamil. eadem omnia, sed eadem lege, iisdemque conditionibus. † Proinde in eo 2
hæc regula servanda est, ut si quæ paterfamil. gerere potest sine alterius auctoritate, ea et filiusfamil. recte gerat nullo auctore. In quibus autem patrifamilias tutore aut curatore opus est, hæc non possit filiusfamilias gerere; qui tutorem aut curatorem

habere non potest, quorum auctoritate in
hac re utatur. Ex hac regula est illa distin-
ctio, quam Cajus hoc loco tradit in filiofa-
milias impubere et pubere cum in acquiren-
3 do, tum in se obligando. † Ergo si de stipu-
lando agitur: etiam filiusfamilias quamvis
impubes, si fari possit, recte stipulatur, et
stipulando acquirit vel sibi vel patri juxta
distinctionem bonorum traditam *Inst. per
quas per. no. ob. acq.* multoque magis pubes
filiusfamilias. Nec his obstabit, quod tutorem
aut curatorem non habeant, eoque et illis
necesse sit sine his auctoribus stipulari: non
enim hic ullus auctor desideratur. Nam nec
patrifamilias etiam impuberi necessaria est
ad acquirendum tutoris curatorisve auctori-
tas, sive hos habeat, sive non habeat. *Inst.
4 de auct. tut.* † Sed etsi de obligando filio-
famil. agetur ex eadem regula etiam filius-
familias pubes nullo auctore recte promittet,
et promittendo obligabitur, ut hic signifi-
catur: nam et in patrefamilias pubere, qui
curatorem non habeat idem fieret. *L. 3. C.
de in int. rest. mi. L. puberes, supr.* Omnis
autem filiusfamil. hoc ipso, quod est in pote-
state patris, curatorem ideo non habet, quia
5 nec potest, *Inst. de tut. in pr.* † Quod si
filiosfam. impubes erit: convenienter supe-
riori regulæ placet eum, quamvis fari posset,
nullo modo posse obligari. Scilicet quia si
sui juris esset, non posset obligari sine tu-
toris auctoritate. Jam autem dixi eum, qui
in aliena potestate est, tutorem habere non
posse. Quid, si pater auctor fiat? hic scri-
ptum est, pupillum seu impuberem qui in
aliena potestate est, ne auctore quidem patre
obligari. Idem in *§. pupillus, in fi. Inst. de
inut. stip.* Sed cur non potius obligetur au-
ctore patre impubes, qui tutore auctore obli-
gari potuit, cum multo major sit solicitudo
patris de commodis filii, et in his procurandis
multo fidelior opera, quam tutoris cujuslibet,
quantumvis amici et frugi in rebus pupilli
extranei? Quia deest in patris auctoritate
id, cujus, caussa tutoris auctoritas quæsita est,
6 et sine quo non obligaretur pupillus. † Non
enim placuit ad pupillum obligandum ad-
hiberi auctoritatem tutoris propter fidem
tantum et prudentiam consilii, quæ sit in
tutore, quo scilicet monitus pupillus cautius
se obliget, ac deinde viderit, quomodo se ea
obligatione expediat: alioqui sufficeret ubique
auctoritas patris, in quo illa solent etiam
majora; sed eo præcipue, ut si forte obliga-
tus erit pupillus tutore auctore, ubi non de-
buit, cautum sit eo nomine pupillo, qui hoc
damnum sarciet a tutore judicio tutelæ, ut
est necessitas ejus muneris, et obligatio ad-
ministrationis. *L. 1. supr. de tut. et rat. dist.*
Nulla hujusmodi cautio a patre, qui filium
pupillum in potestate habet, si is promittenti
auctor fuerit. Non enim obligatur pater eo
nomine impuberi: cum neque ulla necessitate
muneris ei teneatur, neque hoc facto eum illo
quidquam contraxerit, et si contraxisset, ta-
men nulla actio nasci possit inter patrem et
filiumfamilias in ea re, quæ a patre profici-
scatur, *§. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del.*
Hæc sententia olim fuit perpetua. † Nec im- 7
pediebatur eo, quod impuberem, qui in aliena
potestate est, placebat hereditatem sibi dela-
tam auctore patre adire posse: tametsi hanc
aditionem necesse erat sequi obligationem
æris alieni. *L. more, in princ. et §. ult.
supra, de acquir. her.* ut enim ibidem de-
claratur, id tum locum habebat, cum here-
ditas patri quærebatur. Quo casu metuendum
non fuit, ne videatur obligari impubes au-
ctore patre; cum quæsita patri hereditate
ipse obligaretur, non filius. Itaque mirum
non est, si hic generaliter et sine exceptione
definitur, pupillum, qui in patris potestate
est, ne auctore quidem patre obligari. Post-
quam autem cœpit hereditas adventicia ac-
quiri filiofamilias ex constitutionibus, simul
etiam in eo genere a superiore regula discedi
cœptum est. Placuit enim etiam nunc non
minus quam ante, hereditatem impuberi de-
latam, quæ et illi quæreretur, auctore patre
ab impubere adiri posse, ut et ipse tanquam
heres æri alieno obligaretur, *L. si infanti,
§. ult. C. de jur. delib. L. ult. §. ubi autem,
C. de bo. quæ lib.* Idque utilitate impube-
rum ita exigente: quibus dum hujus aut il-
lius adhibita auctoritate quam maxime con-
sulatur, sententiæ legum veterum satisfactum
est, quibus hoc solum propositum est, ut sit
consultum pupillo. Ergo cum de impubere
solum obligando agitur, recte fit, quod non
admittitur patris auctoritas ad eam rem, quam
constat per se ad nullam aliam rem, quam
ad impuberem onerandum pertinere. At in
hereditate adeunda longe aliter accidit. Ita
enim hanc adeundo obligat se æri alieno im-
pubes, ut per consequentiam solum id fiat;
principaliter autem in eo de acquirenda he-
reditate ejusque commodis agatur. Neque
vero propter exiguum aliquod onus æris alie-
ni adjunctum debet majus commodum et
certius omitti. Curari igitur debuit, ut im-
puberi, quod sine ejus incommodo fieret,
acquireretur hereditas. Et quoniam ad obli-
gationem æris alieni suscipiendam alicujus
auctoritate opus est, nec potest tutor auctor
fieri ei, qui tutorem non habet: prius quam
amittatur pupilli utilitas, satius esse visum

est adhibere hic auctoritatem patris, quam nullam. Non est enim in ære alieno, damnum, si hoc deducto superest majus aliquid, quod pupillus ex hereditate consequatur. Quod si forte etiam hereditas, postquam adita erit, videbitur onerosa pupillo, ne sic quidem ei aditio nocebit. Potest enim cum sui juris factus erit, aut cum adoleverit, petere in integrum restitutionem, *d. L. ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.*

Ad §. *Si ita fuero stipulatus.*

Si ita fuero stipulatus, *mihi aut Titio?* et tu mihi daturum te spondeas: secundum omnium opinionem ad interrogatum te respondere; quia constat mihi soli adquiri obligationem: Titio autem dumtaxat recte solvitur.

SUMMARIA.

1. *Stipulationi huic, Mihi aut Titio dabis? si mihi te daturum respondeas, cur diversitas responsionis non noceat; ut nocet, si Stichum aut Pamphilum stipulanti alterum te daturum promittas, et quid inter hæc duo stipulationum genera intersit.*
2. *In stipulatione proposita an, quod ad obligationem pertinet, ad interrogatum satis responsum videatur.*

1 QUI ita interrogatus, Stichum aut Pamphilum dabis? respondet alterum se daturum, non obligatur: quia nec ad interrogatum respondit. *L. inter, §. si stipulante, L. si duo, supr. eod.* Quidni igitur, et eum, qui ita interrogatus, mihi aut Titio dabis? respondet se mihi daturum, dicamus eadem ratione non obligari, quasi et hic de duabus personis interrogatus disjunctim, et de una respondens ad interrogatum non responderit? Et Cajus hoc loco eum, qui posterius hoc loco eum, qui posterius hoc fecerit, ex omnium sententia ad interrogatum respondisse ait. Ex quo efficitur et eum stipulanti obligari. Sed cur hic ad interrogatum potius, quam ille, qui de duabus rebus disjunctim interrogatus de una tantum respondit: quia, inquit, ex hac stipulatione, mihi aut Titio dabis, *mihi soli acquiritur obligatio, Titio autem dumtaxat recte solvitur.* Qua ratione intelligi voluit quid intersit, utrum res plures deducantur disjunctim in stipulationem, quæ dentur, an disjunctim plures personæ, quibus detur, stipulatoris nimirum et alterius. Nam cum ita stipulor, Stichum aut decem dabis? utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem, ut Paulus scribit in *dict. L. si duo, supr.* ideo et de utraque oportet similiter responderi: ne si de altera tantum responderimus, efficiatur alia obligatio. Cum autem mihi aut Titio dari stipulor, mihi soli ad obligationem stipulor: Titii persona ad solutionem solum adjicitur. Sentit autem Cajus satis esse de eo respondere, quod ad obligationem ponitur, ut videatur promissor ad interrogatum respondisse. Et vero nisi id sumitur, ac conceditur Cajo, ratio ejus plane concidet. ✝ Sed videamus, ne 2
hoc ipsum falsum sit. Toties enim ad interrogatum responsum non videtur, vitiaturque stipulatio, quoties alia conditio est obligationis ex diversa responsione, quam futura esset, si per omnia eodem modo responsum esset. *L. 1. §. si quis simpliciter. supr.* Atqui cum stipulor mihi aut Titio, alia conditio esse videtur obligationis, si simpliciter idem respondeas: alia si mihi solum te daturum promittas. Nam ex priore stipulatione licet tibi solvere Titio, etiam me invito. Ex posteriore non licet alii, quam mihi. *L. vero. L. antep. infr. de sol.* Sed non efficitur hoc modo diversa conditio obligationis. Nam et ex priore stipulatione mihi solum obligaris non secus, quam ex posteriore: sed alia est potestas solvendi: hæc obligationem non mutat. Nam et alii solvendo perinde est, quasi mihi solvisses, cum voluntate mea solveris. *L. solutam, infra de sol. L. restituta, supra ad Treb.* Sed etsi quis istarum stipulationum diversam conditionem in obligatione ipsa esse concederet: tamen voluntate promissoris pro eadem haberi oportet. Titii enim persona promissoris solius caussa adjicitur, dum ejus commoditati in solvendo hoc modo consulitur. Licuit ei quod sua caussa adjectum est contemnere, et mihi soli promittere se daturum. *L. si Judex, supr. de jud. L. pen. C. de pac.* Nam etsi ab initio stipulanti mihi

aut Titio, eodem modo spopondisset: liceret ei Titio contemplo mihi solvere. Nec obstabit stipulationi, quod interrogatione mea me et Titium sum complexus. Nam de Titio cavi solum sub conditione, si promissor pro commodo suo ei solvi mallet. Cæterum eo nolente ut utilius mihi est mihi soli mea voluntate solvi posse, sic ad voluntatem meam magis pertinet.

Ad §. *Si inter eos.*

Si inter eos qui Romæ sunt, talis fiat stipulatio: *Hodie Chartagine dare spondes?* quidam putant non semper videri impossibilem caussam stipulationis contineri: quia possit contingere ut tam stipulator quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, ac demandasset promissor quidem suo dispensatori, ut daret: stipulator autem suo, ut acciperet. Quod si ita factum fuerit, poterit valere stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Temporis in stipulatione contrahenda expressi angustiæ quatenus noceant stipulationi.*
2. *Legatis cur spacium temporis ad dandum impossibile non noceat.*
3. *Contractuum cæterorum, quamvis bonæ fidei, conditione aut spatio temporis ad dandum aut faciendum impossibili adiecto: eadem, quæ stipulationis, est ratio.*

1 Si quis Romæ ita stipuletur, hodie Carthagini dare spondes, inutilem esse stipulationem placet. *L.* 2. §. *qui ita, sup. de eo quod cer. lo.* §. *loca, Inst. eod.* Optima ratione, quia repromissio seu præstatio sit impossibilis, ut adiicitur in *d.* §. *loca.* Neque enim qui Romæ est, intra unum diem pervenire potest Carthaginem: ac nisi eo pervenerit ipse vel alius ejus nomine, Carthagini dare non potest vel per se, vel per alium. Hoc ita esse docemur hoc loco, nisi stipulator et promissor eo die, quo stipulatio interposita est, dispensatores aut procuratores suos Carthagini habuerint, quibus multo ante notum fecissent stipulationem eo die futuram: ac demandasset promissor quidem dispensatori suo, ut pecuniam eo die daret stipulatoris dispensatori; stipulator autem suo, ut ab illo acciperet. Sic enim eveniet, ut et promissor per alium dare possit, et stipulator per alium accipere eodem ipso stipulationis die. At ne hoc quidem modo, dixerit quispiam, id consequimur, ut tu mihi des Carthagini; cum neuter nostrum eo die Carthagini fuerit, sed Romæ, ubi a te sum stipulatus. Sed non ideo minus mihi abs te Carthagini dari potest. Non potest per nos ipsos, qui ibi non sumus: at potest per alios. Is solvisse intelligitur, qui per alium solvit, idest, cujus nomine vel procurator, vel alius quivis pecuniam numeravit. *Inst. quib. mo. tol. obl.* et accepisse is, qui accepit per alium, idest, cujus voluntate alii solutum est, vel procuratori, vel cuivis alii. *L. solutum, supr. de pig. act. L. solutam, infr. de sol.* Quod si contrahentes aut nullum dispensatorem, procuratoremve Carthagini eodem die habuerint, aut cum haberent, non multo ante iis de stipulatione eo die interponenda significaverint; manet ea impossibilitas præstationis, de qua diximus, quæ et inutilem facit sti-
pulationem. † Cur non igitur et illud lega- 2
tum inutile esse dicimus, cum is, qui moriens Romæ testamentum fecit, eo testamento jussit heredem suum triduo post, quam mortuus fuerit, dare mihi servos, quos Gadibus habebat? nam nec hic intra triduum servi Gadibus dari possunt. Et tamen placet ratum esse legatum, et angustias temporis nihil legato nocere. *L. si mihi*, 12. §. 1. *sup. de leg.* 1. Multum inter supremas voluntates et stipulationes ac reliquos contractus interest, cum de impossibili conditione aut spatio temporis ad dandum impossibili agitur. In testamentis conditio impossibilis in-

stitutioni aut legato adiecta non nocet; quia
pro non adiecta habetur. §. *impossibilis*,
Instit. de her. inst. Hac ipsa de caussa nec
nocebit dies, cujus angustiæ impossibilem
præstationem efficient, in quam sententiam
de superiore specie legati responsum est.
In stipulationibus autem cæterisque con-
tractibus hoc servatur ut impossibili condi-
tione adiecta, quoniam hæc retinetur pro
commodo promissoris, omnes nullius sint mo-
menti. *L.* non *solum*, *supr. prox. tit.* Cujus
differentiæ rationem exposuimus ad *L. im-
possibilis*, 7. *supr.* Quo recepto, idem et de
tempore dandi aut faciendi adiecto, intra
quod res per rerum naturam præstari non
3 possit, probandum fuit. † Nec in hac re
alia caussa est stipulationis, alia cæterorum
contractuum, quamvis sint bonæ fidei; uti
nec in conditione impossibili alii ab aliis,
distinguuntur *d. L. non solum*, *supr. prox.
tit.* Nam etsi insulam ædificandam tibi lo-
cavero, et in operis locatione convenerit, ut
intra certum tempus efficeres, brevius quam
ut intra id natura effici posset, ac nisi ita
factum esset, quanti mea interfuisset mihi
promiseris: et conventionem inutilem esse
placet, et pœnæ stipulationem. *L. insulam*,
§. 1. *supr. loc.* Nec obstat, quod ibidem in
eadem specie dicitur, nihilominus obligatio-
nem inter nos contrahi, quatenus vir bonus
de spatio temporis æstimasset. Animadver-
tendum est enim in superiore locatione duas
esse conventiones: unum, ut insulam ædifi-
ces; alteram, ut intra certum. Sic enim in
d. L. insulam. §. 1. species facti proponitur:
in operis locatione erat dictum, *ante quem
diem effici deberet*. In quibus verbis præcedit
operis locatio; huic subiicitur dictum, seu
conventum de tempore operis absolvendi.
Posterior hæc conventio tanquam impossibi-
lis non valet. Sed hæc sublata, prior remanet,
ut tu insulam ædifices. Ad quod faciendum
cum tempore opus sit, quod tacite inesset
etiam ejusmodi stipulationi, *L. interdum*,
L. continuus. §. *item qui*, *supr. eod.* et de eo
nihil cautum sit, tempus esse intelligetur,
quod vir bonus æstimabit. Atqui id etiam
in stipulatione insulæ fieret. In quo quod
tempus statuendum sit, traditur in *L. si ita*,
14. *et d. L. continuus*. §. *item supr.*

Ad §. *Cum mihi, aut Titio.*

Cum *mihi aut Titio* stipulor, dicitur aliam quidem rem in personam meam aliam in Titii designari non posse, veluti *mihi decem, aut Titio hominem*. Si vero Titio ea res soluta sit quæ in ejus persona designata fuerit: licet ipso jure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc, Mihi aut Titio dabis, quatenus in persona Titii valeat.*
2. *Quæstionis hujus loci, et dubitandi ratio.*
3. *Stipulatio hæc, Mihi decem, aut Titio hominem dabis, an utilis.*
4. *Tempora in stipulatoris et adiectis persona an diversa designari possint.*
5. *Conditio in stipulatoris et adiectis persona an variari possit, et quæ in variatione hac exigantur.*

1 Hanc stipulationem valere constat, mihi
aut Titio dabis: in persona tamen Titi ha-
ctenus, ut conferatur in eum solutio, non
etiam ei obligatio acquiratur, quod regula
juris prohibet. §. *plane*, *Inst. de inut. stipul.*
2 † Hinc quæsitum est, an recte adiiciatur
persona Titii, si in personam meam aliam
rem stipuler, aliam in Titii hoc modo: mihi
decem aut Titio hominem dare spondes?
Quæsitum et de tempore, utrum in perso-
nam meam stipulari possim alio tempore
dari; in personam Titii alio; veluti mihi
Calendis Januariis aut Titius Calendis Fe-
bruariis dabis? Idem et de conditione quæ-
situm est, si in unius persona pure stipuler,
in alterius sub conditione, aut in utriusque
sub diversis conditionibus. Movet dubitatio-
nem in his omnibus, quod ubi alia res est,
aliave caussa in persona Titii, non tam ejus
obligationis, quæ in mea persona constitit,
solutio quam nova obligatio vel obligationis
forma in persona Titii induci videtur, quod
non licet. Et hic aliud de re placuit veteri-
bus, aliud de tempore, aliud de conditione.
† De re ita statuerunt, non posse etiam rem 3
in personam meam, aliam in Titii designari.

Non immerito. Cum enim non sit solutio, nisi rei debitæ. *Inst. qui. mo. tol. ob.* nec ex hac stipulatione alia res debeatur, quam quæ in persona mea designata est: conficitur alterius rei, quam hujus ipsius solutionem in Titium conferri non posse. Nam quæ alia in persona ejus designabitur, ut nec ei deberi potest, quoniam illi acquirere non potui: nec mihi, quoniam mihi non sum stipulatus: sic nec solvi omnino vel mihi, vel alii, quæ in totum non debeatur. Sed ipso jure hoc ita esse scribit Cajus, sive hoc de sententia eorundem veterum adiicit, sive de sua. Cæterum promissorem qui alia re Titio soluta ipso jure non liberetur, per exceptionem defendi posse. Quod et ipsum recte constituitur. Etsi enim jus ipsum solutionem exigi, ut recte in Titium adiectum ea conferatur, nec alterius rei solutio est, quam quæ debetur: attamen si convenerit etiam extra stipulationem, ut aliud pro alio quamvis Titio solvatur, conventio servanda est. Porro cum stipuler mihi decem aut Titio hominem dari, hoc convenisse intelligitur, ut pro pecunia mihi debita homo solvatur Titio. Hinc pacti exceptio promissori, si Titio hominem solverit
4 juxta conventionem. † Quod ad tempus attinet, placuit tempora diversa in utriusque persona designari posse. Et recte: quodcunque enim tempus adiectum erit, quo Titio solvatur, erit ejusmodi, ut conveniat cujusvis rei ante debitæ solutioni, quocunque tandem modo debita fuerit, non repugnante obligationis natura. Nihil enim prohibet, quominus quod mihi statim debetur, solvatur vel mihi vel alii postea. Contraque si quid mihi in diem promissum est, nihil vetat, quominus ex conventione solvatur alii citeriore die, cum et mihi eodem modo solvi
5 potuerit. † De conditione hæc summa est, et in ea adiicienda in utriusque persona variari posse, ut quod pure mihi stipulor, possim Titio adiectio stipulari sub conditione, et contra nec minus in utriusque persona diversæ conditiones designari possint, ut possit Titio recte solvi: dummodo tamen in omni hac variatione duo concurrant. Ante omnia exigimus, ut mihi prius debeatur, quod illi solvi possit; quod ita fit, si aut pure mihi dari sim stipulatus, aut sub conditione quæ postea exstiterit. Nam si mihi sub conditione aut Titio quamvis pure stipuler, et conditio in personam meam designata defecerit, inutilis erit non stipulatio, *Scilicet*, inquit Cajus, *quod nisi a me vim acceperit obligatio*, *adiectio nihil potest valere*. Ubi pro, *nisi quod*, quæ lectio est Pandectarum Florentinarum, legendum est, ut in aliis exemplaribus, *quod nisi*, et illud, *quia*, quod legitur in iisdem Pandectis, ut semicirculis inclusum, et supervacuum reiiciendum. Sententia autem et manifesti juris, ubi a me non cœperit obligatio, ibi adiectionem non valere; quia ubi non sit, quod debeatur, ne illud quidem esse possit, quod solvatur vel mihi vel alii. Confirmatur sententia in *L. quæcunque gerimus*, *supr. prox. tit.* Alterum concurrere oportet, ut quod mihi deberi cœpit, id aut pure Titio stipulatus sim, aut si sum stipulatus sub conditione, hoc quo exstiterit. Nam hac deficiente solutio in illum non est collata: cum ita demum collata sit, si illud aut illud factum fuerit. Quo casu ita Titii persona pro inutiliter adjecta habebitur, ut nihilominus in mea persona utiliter procedat stipulatio, nam etsi duæ hic essent stipulationes, ambæ obligationis acquirendæ caussa interpositæ, una utilis, et altera inutilis, nunquam tamen vitiaretur utilis per alteram inutilem. L. 1. §. *pen. sup. eod.* Multo minus, cum una erit stipulatio ad obligationem comparata, quæ in persona mea consistit, ea vitiabitur propter inutilem adiectionem solutionis: cum constet, quod mihi debetur mihi solvi posse, etsi alii non possit. Denique principali caussa non consistente fit, ut nec consistat accessio; non etiam accessione inutili constituta, principalis caussa tollitur, cum hæc a se habeat, ut sit, non ab accessione. *Ar. L. cum principalis infr. de reg. jur.*

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM DIG. DE VERBORUM SIGNIFICATIONE.

Ad L. *Verbum*. 1.

Ulpianus libro 1. *ad Edictum*.

Verbum hoc si quis, tam masculos quam fœminas complectitur.

SUMMARIA.

1. *Verbum*, quis *veteres etiam in fœminino genere usurparunt.*
2. *Pronuntiatio masculini sexus in his vocibus* puer pupillus, filius, frater, libertus *porrigitur et ad fœmininum; et quare.*
3. *Quibus ex caussis fœmininum masculino non continetur.*

Huc L. 1. *Si quis jus dicent. non obtem.* et *L.* 1. *Siquis in jus vocat. non fer.* Siquis, subaudi, si quæ vel qua. Not. quod † veteres, *quis*, etiam in fœminino genere usurparunt. Plaut. *Quis ea est, quam vi uxorem ducere.* Terent. in Eunuch. *Hanc nostram quisquam oculis non vidit*; quisquam pro quæquam. Loquitur enim de ancillis. Ad hanc L. pertinet *L. pronuntiatio infra h. tit. L. qui duos. sup. de Legat.* 3. ait ibi, *semper* pro *plerumque*. Huc *L. justa h. t. L. delectatio. L. inter stuprum in fin. h. tit.* quæ jungenda est cum *L. servis* 81. *de leg.* 3. *et L. patroni, h. tit. et L.* 66. *et* 20. *de adquir. her.* ex quibus legibus sumuntur exempla ad d. *L. patroni.* Huc etiam *L. liberti h. t. et L. quisquis, et L. servus, h. t.* cum qua conjungenda, L. 46. *de legat.* 2. *et L. si quis ita,* 16. *de testam. tutel.* Huc † etiam *L. illa verba h. t.* in qua ostenditur, quod veteres *puer*, communi genere usurpant: Exemplum ex Nævio. *prima incedit sceleris Proserpina puer.* Lucina in veter. Idyll. *mea puer quid verbi ex te audio.* Et ibidem. *Saturni filia sancta puer.* De his Priscian. *Lib.* 6. Ego ad rationes *L. illa verba* et hanc addendam puto, quæ traditur in *L. pueri in fin. h. t.* Ait: *pueri* appellatione utimur, cum puerilem ætatem significamus, ea autem tam puellis quam pueris communis est. Sic Ovid. usurpavit 6. *Metamorph.*

> *Tantaque simplicitas puerilibus adfuit annis.*

Sic etiam hominis appellatio communis est, *L. hominis. h. t.* Itaque illa *L. illa verba*, non est commodum exemplum ad hanc L. 1. quoniam pueri appellatio per se communis generis est. Aliud exemplum in *L. hæc autem, de Adopt.* ubi pupilli appellatione pupilla continetur. Arrogator satisdat, iis, ad quos bona arrogati perventura erant, si in eodem statu mansisset, illa satisdatio non minus pupillæ quam pupillo præstatur. Aliud exemplum in *L. qui duos, de legat.* 3.

et L. si tibi 23. *C. de liber. caus.* ubi pro filiabus legendum est filiis, et *L.* 3. *fratres, sup. de pact.* Appellatione fratrum continentur sorores. Superiorum ratio est, quod omnia nomina sint appellativa, quæ facile trahuntur ad fœminas, vel ex voluntate testatoris, vel natura rei, quæ fœminis quoque congruit, vel ex æquitate, quæ in singulis speciebus facile apparet.

Verisimile est testatorem non minus filiabus prospicere voluisse quam filiis. Itaque cum filiis tutores dedit, ex verisimili voluntate videntur dati filiabus. Item liberta non minus dicitur patrono, quam libertus: et uterque tantum dicitur patronæ, quantum patrono, itaque quæ de patrono et liberto statuta sunt, ad libertam quoque et patronum porrigi æquum est. Ex his apparet hanc interpretationem coniecturis tantum
3 niti. Itaque † si in contrariam partem vehementiores coniecturæ urgeant, fœmininum non continebitur masculino: Velut si proprium nomen sit, eo masculino fœmininum non comprehendetur: Item si testatorem aliud sensisse probatum fuerit *L. Lucius*, 63. §. *quæsitum de legat.* 3. Item si quod tribuitur masculis, fœminis non conveniat: ut, si tutela aut Magistratus deferatur *L.* 2. *infra de R. Iur.* Item si jus constitutum in masculis sit odiosum, et iniquum, sed ad fœminas porrigatur *L.* 1. §. *quare, supra, de vent. in possession. mit.* Itaque exheredatis filiis non censentur filiæ exheredatæ, quia hoc odiosum.

Eadem de caussa exactio operarum quæ denegatur patrono, non denegatur patronæ; quia quod æquum in patrono propter suspicionem impudicitiæ cum liberta, non est æquum in patrona, in quam eadem suspicio cadere non potest *L. sicut, supra, de oper. libertor.*

Ad L. *Urbis appellatio.* 2.

Paulus libro 1. *ad Edictum.*

Urbis appellatio, muris: Romæ autem, continentibus ædificiis finitur: quod latius patet.

SUMMARIA.

1. *Urbis appellatione Roma significatur.*
2. *Urbs a Roma quomodo differat.*
3. *Continentia ædificia quæ.*
4. *Hæc L.* 2. *coniungenda L.* ult. supr. de Jurisd.
5. L. collegarum 173. h. tit. *inscriptio emendatur ex* L. 26. de R. I. *Et coniungenda hæc nostra cum illa.*
6. *Vulgata lectio* L. mille 154. h. tit. *ex Pand. Flor. emendatur.*
7. *Milliarium quid.*
8. *Qui in Continentibus Romæ ædificiis habet tres liberos, immunis est a tutela.*
9. *Metatores qui.*

1 Urbis † appellatione Romam intelligi-
2 mus. Urbs tamen † differt a Roma; quod definimus *urbem* muris, *Romam* autem continentibus ædificiis: ex quo sequitur Ro-
3 mam latius patere quam urbem quia † continentia ædificia ea sunt, quæ extra muros urbis sunt, sunt tamen contingua muris urbis. Sic accipitur *L. ædificia. L. qui in continentibus L. mille passus. L. collegarum. L. absentem infra h. tit.* 4. §. *ultim. In quib. caus. pig. vel hyp. L. pen.* §. *ult. de Excus. tut. L.* 4. §. *sic ita sup. de penu. legat. L.* 1. §. *apud Labeonem, supr. de aq. pluvi. arc.* Eadem significatione dicuntur continentes provinciæ, idest, quæ sunt Italiæ coniunctæ *L. notionem* 99. *h. t. et L.* 1. *C. de dilation.* Hujus significationis caussam Marcellus tribuit consuetudini *L. ut Alphenus*, 87. *infra h. t.* Hac † L. sumpta 4
est ex disputatione de jurisdictione, et coniungenda cum *L. ult. supr. de Jurisd. omn. jud.* ex qua exempla ita fingemus Prætor urbanus vel præfectus urbis jurisdictionem suam Romæ exercet, idest, intra muros et in continentibus. Si ergo extra continentia jus dicere velit, impune illi non paretur, quia extra territorium suum jus dicit. *d. L. ult.* Si ergo dederunt tutores extra continentia pro non datis habentur. *d. L. pen.* §. *Roma de Excusat. tut.* Aliud exemplum in *L.*

linque, 84. *de leg*. 3. *et L*. 4. *de pen. legat.* Aliud in *L. ædificia infra h. t.* Promisi Titio extruere ædificium Romæ; videor satis facere promissioni, si in continentibus ædificem.
5 Aliud *d. L. qui in continentibus* Aliud in ✝ *L. colligarum*, ex cujus inscriptione auferendum. *Nunc* : est enim ex *Lib*. 30. et conjungenda cum *L. qui potest*. 27. *inf. de R. Jur.* Exemplum : qui extra continentia urbis est, abest. Si ergo eo invito alienare licuit, multo magis eodem absente *d. L. qui potest*, quod confirmat *L. absentem, inf. h. t.* Sic in
6 *L. mille*. in ✝ qua non est legendum *muro*,
7 sed *miliario*. ut Florent. Erat ✝ miliarium columna aurea in capite fori Romani ad ædem Saturni in quam omnes viæ Italiæ terminabantur. Plin. *Lib*. 3. *nat. hist. C*. 5. Tacit. *Lib*. 17. Sueton. *in Otto. Cap*. 6. Plutarch. *in Galb.* Dio *Lib*. 54. qui scripsit hoc milliarium extructum fuisse ab Augusto. Publ. Victor. *in Lib. de region. urb. Romæ*. qui ponit miliarium in septima regione urbis, in qua fuit forum. Huc *L. pen. C. de ædific. privat.* in qua recte legitur, μίλιόν, quod dicimus latine milliarium, græce dicunt μίλλιον ex Diore. In L. 22. quam sumptam hanc legem docet inscriptio. Scriptum forte fuit vicesimam habere locum intra mille passus. Plin. *in panegyr*. Dubitatum fuit dum hi mille passus numerandi essent a milliario urbis, an vero a continentibus ædificiis. Resp. I. C. non a milliario sed a continentibus esse numerandos. Ex quibus apparet *L. mille* non pertinere ad exemplum *hujus legis*. Aliud exemplum in L. 1. *C. qui num liber. se excus. et tit. de excus. tut. in princ.* qui Romæ tres liberos superstites habet, a tutela vel cura excusari potest ; ergo ✝ idem jus tribuetur ei qui 8
in continentibus tot liberos habet. Aliud in *L*. ἀρχίατρος *C. de Metatis*. Archiatri urbis Romæ professores liberalium artium, prætores, ingenui immunes erant ab onere recipiendi hospitis, Metatores, ✝ Gallice 9
Fourriers qui designant domos. Itaque si iidem sint in continentibus ædificiis, idem privilegium habent.

Ad §. *Cujusque*.

Cujusque diei major pars est horarum septem primarum diei, non supremarum.

S U M M A R I A.

1. *Dies artificialis 12. horis constat, sed iis modo longioribus, modo brevioribus.*
2. *Maxima diei pars quot horis constet : iis vero num primis, an supremis.*
3. *Primæ horæ negotiis agendis opportunissimæ.*

1 Dies ✝ 12. horis constat. Hinc illud in Evangelio, *Nonne 12. horæ diei sunt :* diem artificialem intelligo ; nam dies naturalis constat 24. horis; *more Romano*, *supr. de fer. et dilat.* Diei autem artificialis horæ pro varietate temporis modo sunt breviores : modo productiores, in æquinoctiis sunt pares : Auson.

Libra die somnique pares determinat horas,

2 Hujus diei ✝ maxima pars censetur esse 7. horarum diei primarum. Dubitatio in eo est, quia 7. horæ die sive primæ sint, sive supremæ, maximam partem diei constituunt; quia supersunt tantum quinque. Verum negavit id I. C. id locum habere in supremis horis diei, quia supremæ non sunt tam idoneæ ad laborem, nec tam opportunæ negotiis peragendis, neque corpora illis horis sunt tam alacria, Unde ✝ Virgil. 3

Nunc adeo nobis melior pars acta diei.

Et Hesiod. *oper. et dier. Tertiam partem operis confici horis matutinis.* Ex quo factum est ut veteres, negotiis suis conficiendis mane operam darent; quod indicat Martial. *Prima salutantes*, etc. *lib*. 8.

Sexta quies lassis, septima finis erit.

Ἀεξ ὧραι μόχθοις ἱκανόταται. Talis controversia incidit apud eum, qui jus dicebat. Quidam locaverat suas operas certa mercede in majorem diei partem; opus fecerat 7. horis diei supremis, petebat tamen mercedem. Et hac interpretatione judicatum est non recte eum petere ; quia cujusque diei maxima pars est 7. horarum primarum.

Ad L. *Itinere faciendo.* 3.

Ulpianus *libro II.* ad Edictum.

Itinere faciendo viginti millia passuum in dies singulos peragenda, sic sunt accipienda, ut si post hanc dinumerationem minus quam viginti millia supersint, integrum diem occupent; veluti viginti unum millia sunt passus, biduum eis attribuetur. Quæ dinumeratio ita demum facienda erit, si de die non conveniat.

S U M M A R I A.

1. *Vocato in jus et absenti viginti mille passus in singulos dies numerantur ut ad Urbem veniat.*
2. *Viginti millibus computatis, si qui supersunt, iis dies integer assignatur.*
3. *Eadem dierum in viginti mille passus adnumeratio in tutore et petente bonorum possessionem absentibus servatur.*
4. *Si justum tamen adfuerit impedimentum valetudinis aut hyemis etc. itineris computatio arbitrio judicis relinquenda.*
5. *Eadem quoque spatii in singulos dies computatio aliis ex justa causa absentibus tribuitur; longiusque spatium, si adfuerit justum aliquod impedimentum.*

1 Vocatus † aliquis in jus promisit fore ut se judicio sisteret: quæritur quando promissioni suæ satisfecisse vel eam deservisse videatur. Cum diem certum non adiecerit videtur hoc relinquendum ejus arbitrio, ut sistat se cum volet. Sed hoc incommodum inde nascitur, quod nunquam se sistet, et ita judicium nunquam peragetur. Itaque prætores prospecturi huic incommodo constituerunt ut consideraretur quot millibus passuum abesset ab eo loco in quo promisit judicio sisti, et 20. millia passuum in singulos dies illi numerarentur. Veluti si abesset 100. millibus passuum, quinque dies illi darentur præter eum diem in quem cautum promittitur, et in quem sistere oportet in judicio *L. 1. sup. Siquis cautio.* Quod si intra illud tempus judicio non steterit, promissioni non satisfecisse judicabitur, et reus erit deserti vadimonii. Huic
2 numerationi addit hoc Juris cons. ut † si post computata 20. millia aliquid supersit, veluti millia passuum, aut duo, integrum diem occupent, hoc est, ad ea peragenda unus tribuitur, veluti sint 102. millia passuum, sex dies tribuentur. Et hæc ita si de die non convenerit quo sistat; nam si convenerit, fides conventionis habenda est, nec habenda ratio passuum *L. de die. Qui satisd. cog. L. 1. de Pact. L. contractus de R. Jur.* Eadem † computatio servatur in eo qui 3
datus est, tutor, et vult se excusare *§. qui autem de Excus. Inst.* Eadem computatio servatur in eo qui petit bonorum possessionem: nam petenti bonorum possessionem dantur 100 dies, intra quos petere debet *L. 1. supra de Successo. edict.* Et si absit ab eo loco, in quo peti debet bonorum possessio, præter hos 100. dies dantur 200. millia passuum in singulos dies *L. 2. §. pen. supr. Quis ord. in bon. poss. serv.* Hanc † autem 4
computationem doto locum habere, nisi justum impedimentum intervenerit, quo quis prohibeatur tantum itineris perficere singulis diebus, ut adversa valetudo, hyemis et tempestatis iniuria. *L. 2. §. si quis sup. Si quis cantion. L. 4. §. 1. supr. de hered. instit.* Obst. *L. continuus, §. cum ita, de Verb. obligat.* ubi computatio itineris relinquitur arbitrio boni viri, id est, judicis. Respondeo hanc legem referendam esse ad exceptionem jam propositam, hoc est, tunc arbitrio judicis hanc computationem relinquendam, cum justum aliquod impedimentum intervenit, ita ut singulis diebus 20. millia passuum confici non potuerint: quam solutionem confirmant hæc verba; habita ratione temporis, ætatis, sexus. Ad hunc locum pertinent duo versus Ausonii:

Millia bis nonaginta jubet dimensio legum
Adnumerata reos per tot abesse dies,

In quibus primum pro *abesse* legendum, *obire* ex veteri exemplari: deinde pro *na-*
3 *naginta* legendum *nongenta*. Huc † etiam *L. mille, h. t.* Cautum fuit ut tabulæ testamentorum aperirentur a morte testatoris post tres dies, vel certe quinque, si præsentes essent qui postularent eas aperiendas: quod si essent absentes, idem spacium tribuebatur. *Paul. l. de vicesima in 4. Sentent.* Et præter hos dies absentibus dabantur 20. millia passuum in singulos dies: hi autem passus non a milliario urbis, sed a continentibus sunt numerandi. *L. si cui in provincia.* 38. Supra *ex quibus caus. major.* Assessores absentes reipubl. caussa restituuntur ex edicto, ex quibus caussis majores, et habentur pro absentibus quoad reversi fuerint: ad revertendum autem 20. millia passuum in singulos dies illis tribui debent, nisi vel adversa valetudo, vel injuria hyemis aut tempestatis longius spacium illis tribuendum esse suadeat.

Ad §. *Ejus.*

Ejus qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, qui servus decessit.

SUMMARIA.

1. *Qui apud hostes, sunt in triplici genere, et qui sint.*
2. *Legati etsi apud hostes sint, possunt testamentum condere.*
3. *Obsides vero, et maxime captivi testari nequeunt.*
4. *Hoc jus postea temperatum: et quomodo.*
5. *Emendatum rursus et a quo.*

1 Tria † genera sunt eorum, qui sunt apud hostes: aut sunt legati, aut obsides, aut
2 captivi. Legatis † omnia jura salva manent, et civitas integra, itaque testamentum facere possunt, et eorum hereditas recte dicetur, *L. qui a latronibus. Sup. Qui test. fac.*
3 *poss.* Obsides † autem testari non possunt, nec hereditas eorum recte dicetur, quia alieno juri sunt subiecti *L. obsides. Supra Qui testam. facer.* Ejusdem juris sunt captivi, et tam de obsidibus quam captivis hic *§. accipi debet*, maxime vero de captivis, qui captivitate in servitutem rediguntur, *L. 5. et L. libertas de statu hominis. §. serv. de jure personar.* Qui servi sunt, quo ad jus civile, pro nullis habentur. Huc *L. ejus qui* sup. *qui testam. face. poss. L. servus C. commun.*
4 *de success.* Hoc † autem est jus summum quod visum est iniuriosum in eos, qui amore patriæ sese obsides dari passi sunt, aut etiam fortiter facientes capti sunt. Itaque temperatum est *L. Cornelia*, quæ fingit eos esse mortuos, eo ipso momento quo capti sunt, *L. in omnibus, sup. de capt. et postlim. revers. L. si iis. C. legit. hered.* beneficium vocatur. itaque hujus respectu recte dicitur eum hereditatem habere, *L. lex Cornelia de vulg.* quam coniunge cum *L. bona de cap.* Sic est accipienda, *L. apud, C. de suis et legit. her.* Denique † Leo Imperat. *Nov.* 40. 5
hoc jus emendavit et constituit, ut ii qui apud hostes sunt, testamenta facere possint. Sunt et alii casus quibus servi testari possunt, et hereditas eorum recte dicetur, cum L. habeat eos pro liberis. *L. pen. C. ad Syllan. L. 1. in pr. et §. quæritur. supr. suis et legit. et L. 1. et §. interdum supr. ad SC. Tertull.* coniunge cum *L. 4. de petit. hered. L. 4. inf. h. tit.* inde exemplum.

Ad L. *Nominis*, 4.

Paulus *libro* 1. ad Edictum.

Nominis appellatione rem significari Proculus ait.

SUMMARIA.

1. *Nomen sive debitoris obligationem sive debitum ipsum significat.*
2. *Ab eo qui nomen hereditarium possidet, peti etiam potest hereditas; et quare.*

1 Nomen † significat debitoris obligatio-
2 nem, sive debitum ipsum. Si quis † ergo nomen aliquod hereditarium possideat, poterit ab eo peti hereditas, quia petitione hereditatis agi potest cum eo qui rem aliquam ex hereditate possidet, *d. L.* 4. Qui autem nomen possidet, rem aliquam possidet, quia nominis appellatione res significatur: longe *L. in honorariis* 36. *supr. de obligat. et action.* Actiones rei persecutoriæ dantur post annum, qui autem nomen persequuntur, rem persequuntur. Actiones ergo quibus nomina persequimur, etiam post annum dantur. Aliud exemplum ex *L. satisque pœnæ* 19. *Supr. de in jus voc.* Si quis in jus vocatus latitet, adversarius ejus mittetur in possessionem rerum ejus, et per consequens ex hac interpretatione in possessionem nominum. Aliud exemplum in *L. servum* 44. §. *et eum qui*, supra *de legat.* 1. quam coniunge cum *L. qui chirographum* 58. *de legat.* 3. et ex ea emendanda inscriptio *L. servum et pro* 32. legendum 34.

Ad L. *Rei appellatio* 5.

Idem *libro II.* ad Edictum.

Rei appellatio latior est quam pecuniæ: quia etiam ea quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecuniæ significatio ad ea referatur quæ in patrimonio sunt.

SUMMARIA.

1. Rei *nomine veniunt et opera servorum quæ sunt extra patrimonium.*
2. *Ideo et qui legat res omnes suas, etiam servorum operas legare videtur.*
3. *Curator datus loco tutoris in omnem rem datus censetur, adeoque ad mores et personam pupilli tuendam.*
4. *Pecuniæ nomen minus late patet quam rei.*
5. *Pecuniæ vocabulo tam corpora quam jura res patrimonii nostri continentur.*
6. *Qui juris loci hanc pecuniæ significationem habeant.*
7. *Qui rursus eam rei appellationem latioremque rei significationem contineant.*
8. *Appellatione sive nominis, sive rei contractus omnis et obligatio comprehenditur.*

Junge hanc *L.* cum *L.* 1. *supr. de Oper.*
1 *serv.* † Opera servorum *rei* nomine censetur, quæ non ante in rerum natura consistit, quam dies venerit, quo præstanda est *d. L.* 1. Merito ergo extra computationem patrimonii est, quod etiam confirmatur hoc argumento. Ususfructus hominis consistit in operis *L.* 3. *et* 4. *Supra Oper. serv.* usufructus autem tametsi extra bona omnino non sit, certe in bonis non est *L.* 1. *sup. usufr. L.* Itaque, † qui legat res omnes 2
suas, etiam operas servorum legare videtur

L. pen. Supr. *de Oper. serv.* et qui damnatus est restituere res, operas quoque servorum restituere debet. *d. L. 4. et L. ult. eod.* Conjunge *L. in omnem* 25. Sup. *tut. et cur. dat.*
3 Curator † datur tantum rebus et interdum certæ alicui rei personæ autem . id est , muribus non datur. Et maxime cum datur in locum tutoris. Verum si detur in locum tutoris absentis reipubl. caussa, datur in omnem rem hoc est , ad mores et salutem pupillis tuendam, quæ quidem sunt extra patrimonii computationem. Exemplum quoque sume ex rebus sacris, et divinis , quæ extra patrimonium nostrum sunt. Tit. *de*
4 *Rer. divis.* Pecuniæ † appellatio non tam late patet : complectitur : enim tantum quæ sunt in patrimonio nostro. Nec obst. *L. pecuniæ* 128. *infr. eod.* pecuniæ nomine
5 intelligi omnia corpora : sic † enim accipienda est ; omnia corpora quæ sunt in nostro patrimonio. Sic verbum pecuniæ in *leg.* 12. *tabul.* super pecuniæ tutelæve suæ etc. *leg. sæpe infra h. t. L.* 2. *§. ult. C. de Const. pecun.* Huc *L. pecuniæ* 122. *infra h. t.* pecuniæ nomine non solum numerata pecunia, sed etiam omnes res tam soli quam mobiles, tam corpora quam jure continentur. Augnst. *in Lib. de doct.* Christia. *Quidquid homines possident in terra, et quorum domini vocantur, pecunia dicitur, servus sit ager, arbor, pecus, vas; pecunia dicitur. Quia totum, quod antiqui possidebant, in pecoribus*
6 *ponebant.* Sic accipitur † pecuniæ nomen in hac stipulatione emptæ hereditatis, quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit. *L. in illa, supra de verb. obl. L. liber homo Supra de stipulat. serv. L. cum stipulamur , infra h. t. L. si creditor, Supra. de Pecul.* Sic accipitur quoque, in *L. Julia,* quanta pecunia erat, tantam pecuniam dato. *L. si vero , Supra, solut. matri.* Eadem quoque significatio est in hac formula. quantas summas dictavero,
7 dedero *L. quisquis* 99. *Supra, legat.* Ad appellationem † rei pertinet *L. rei* 23. *infra h. tit.* rei enim appellatione caussæ et jura continentur. Conjunge cum *L.* 1. *Supra si servit. vin.* Vindicatio datur rerum nomine *L.* 1. *sup. de Rei vindicat.* Itaque dabitur ad vindicandam servitutem, puta viam *d. L.* 1. *de servit. vind.* quia Servitus est jus quod rei appellatione continetur: Hanc *L. coniunge cum L.* 5. *Supra de petit. hered.* possessor hereditati controversæ nullam rem hereditariam distrahere debet, nisi satisdederit de ea restituenda, hoc est, de restituenda eum omni caussa : caussam appello omnem utilitatem, quæ ex re percipi potest *rubr. de usur. fruct. et caus. L. præterea. Supra de Rei vindic. L. eum fundus Supra si cert. petat. L. ult. §. ult. infra h. t.* Ex qua apparet quoties res est restituenda, fructus et omnem caussam rei restitui debere , ut fit in restituenda re hereditaria. *L. item veniunt §. item non solum. L. si et rem §. ult. cum duab. legib. seqq. Sup. de pet. her.* Qui ergo satisdedit de re hereditaria restituenda, de omni ejus quod caussa intelligitur satisdedisse. Coniunge cum *L. in Falcid. infr. ad L. Falcid.* Ut ineatur ratio *L. Falcidiæ* omnes res æstimandæ sunt ex varietate. Itaque æstimandæ sunt caussæ et jura earum. Exempla quoque petentur ex *L.* 1. *et* 3. *Supra Naut. caupon.* quibus locis datur actio adversus nautas, ut restituant res receptas, id est , cum omni caussa. Denique ex *leg.* 1. *infra. Quis satisd. cog.* Reus in jus vocatus alicujus rei nomine satisdare debet judicio sisti , hoc est , fidejussorem dare, et hic fidejussor tenetur quanti res erit. *L.* 2. *in fin. et L.* 3. *Supra, Qui satisd. cog.* Ut autem intelligatur , quanti res sit, sciendum rei appellatione caussas et jura contineri ; et æstimatio eorum facienda est. 8
Huc † quoque pertinet quod dicitur ; nominis et rei appellationem pertinere ad omnem contractum et obligationem *L.* 6. *h. tit. quod proximia legibus est consentaneum:* Cum enim nominis appellatione res significetur, et rei significatio latissime pateat duabus legibus superioribus ; merito utroque nomine omnis contractus et obligatio significatur. Coniunge hanc *L. cum L. qui jurisdictioni* , 10. *sup. de Jurisd. omn. jud. cum L.* 1. *et* 3. *sup. quod quisque jur.* ex quibus usus hujus significationis deprehendetur hujusmodi. Qui jurisdictioni præest, neque sibi, neque liberis suis jus dicere debebit. Sive ergo de re , re, sive de nomine , hoc est , de quocunque contractu et obligatione controversia sit , jus non dicet. Item si novum jus statuerit adversus aliquem , aut impetraverit et impetrato usus fuerit, sive in re sive in nomine adversarius quoque ejus eodem jure adversus eum utetur in omni contractu et obligatione.

Ad §. Opere.

Opere locato, conducto, his verbis Labeo significari ait id opus quod Græci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον idest ex opere facto corpus aliquod perfectum.

SUMMARIA.

1. *Ex locato, vel conducto non potest agi prius quam fuerit opus perfectum.*
2. *Idem juris, si opus faciendum quis stipulatus sit, aut idem fuerit legatum.*
3. *Quod sit perfectum opus quare ex hoc loco æstimori debeat.*
4. *Quare aliter opus factum in novi operis nuntiatione oporteat interpretari.*
5. *Factum argentum quomodo interpretamur.*

Puto in hoc §. legendum *locato* propter auctoritatem librorum Florent. Deinde quia *locato* et *conducto* magis sibiipsis respondent, quam *legato* et *conducto*. Valer. Probus *in Libr. de not. antiq.* hanc eandem formulam refert, et ait solitam fuisse notari his notis *O. L. O. C.* opere conducto. Locavit quis
1 opus † faciendum certa mercede, quæritur quando contractui satisfactum sit, ut locator ex locato agere possit, vel conductor. Significatio verborum dirimit hanc controversiam. Non potest prius agi quam opus fuerit perfectum, quod dicunt ἀποτέλεσμα a consummatione et perfectione operis, quod perfectum esse intelligitur cum usui esse potest
2 *L. ædificia §. 1. eodem.* Idem † est siquis stipulatus sit opus faciendum; ita enim stipulationi satisfacit, si opus perfectum sit, *L. stipulationes non dividuntur, de Verbor. Obligat.* Idem est, etiamsi legatum aliquod sit opus *L. si iis qui, od L. Falcid.* Deinde si pecunia impensa sit in opus publicum, non prius debet ferri in acceptum, quam opus perfectum et probatum fuerit *L. 7. sup. ad leg. Jul. repetund.* Huc pertinet. *L. 7. Cod. de oper. publ. et L. 9. C. eod.* rescriptum est ut qui præfuerat operi alicui publico teneretur obnoxius tam ipse, quam heredes intra quindecim annos ab opere perfecto.

Perfectum † quomodo accipiatur ex hoc 3
loco æstimandum est. Ratio hujus interpretationis est voluntas contrahentis vel testantis. Nec enim vel contractus vel Legatum inutile sit, si de opere imperfecto acceperimus: necessario est accipiendum de opere perfecto.
Aliter † tamen interpretamur opus factum 4
in operis novi nuntiatione: non enim necesse est opus esse perfectum, ut opus novum nuntiari possit: satis est si inceptum sit et proponatur instar cujusdam ædificii *L. stipulatio §. opus Supra de oper. nov. nuntio.* Ratio diversæ interpretationis est hæc; quia etiam cœpto ædificio nocetur vicino, et damnum illi infertur. Itaque non est expectandum ad novi operis nunciationem ut perficiatur, imo vero si perficeretur non posset agi operis novi nunciatione: sed agendum esset interdicto quod vi aut clam. *leg. 1. Supra de oper. nov. nunciat.* Aliter † 5
quoque interpretamur factum argentum *L. et si non sunt §. infecto Supra de aur. et argent. leg.* Si enim cœptum sit et nondum perfectum, argenti nomine continetur. Hoc ideo, quia ipsum factum non est legatum, neque ut fieret, sed tantum materia. Itaque præstanda est, cujuscunque generis sit, et hoc in gratiam legatariis fit, ne legatum inutile sit.

Ad L. 6. §. *Verbum.*

Ulpianus *libro III.* ad Edictum.

Nominis et rei appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet.
Verbum *ex legibus*, sic accipiendum est, tam ex legum sententia quam ex verbis.

S U M M A R I A.

1. *In interpretatione LL. verborum retinenda proprietas; sed tamen ut praecipua habeatur sententiae ratio*, et n. 3.
2. *Sententia si non est expressa verbis, ea generali ratione legis vel aliqua necessario atque evidenti, argumento colligenda.*
4. *Sponsionis verbum quam vim et significationem habeat.*

1 Verba † sunt rerum notae, itaque inprimis considerandum est quid verbis caveatur: nec temere recendum est a verbis *L. prospexit. D. Qui et a quibus.* Cum tamen verba invecta sint ut exprimant nostra sententiam, cujus potissimum ratio habenda est. Itaque si expressa sit verbis obscuris aut ambiguis, ita tamen interpretanda sunt ut sententia
2 constet. Si vero † expressa non est, vel ex ratione generali legis, vel ex argumento aliquo necessario et evidenti colligendum est, qualis sit: Leges enim non minus ex sententia quam ex verbis sunt accipiendae. L. *item, si*, §. *mutui, ad Senatusconsult. Mace-*
3 *don.* Vetitum † est eo Senatusconsulto na quis pecuniam mutuam daret filiofamilias: aliquis dedit illi oleum vel frumentum; nua peccavit in verba Senatusconsulti, sed tamen in sententiam commisit; perindeque habetur ac si pecuniam credidisset. Aliud exemplum in *L. quamvis*, §. *si convenerit, sup. ad Senatusc. Vellejan.* debitor promiserat se daturum fidejussorem, dedit mulierem; quaeritur an satisfecerit promissioni. Si verba spectes, satisfecit; si vero sententiam, non; quia mulier propter beneficium Senatusconsulti Vellejani non potest pro alio fidejubere. Itaque perinde est ac si nullus fidejussor dotus esset. Aliud exemplum in L. *ult. Qui pet. tut.* Mater quae non petiit tutores filiis; vel prioribus excusatis et rejectis; aliorum nomina non dederit, excluditur legitima hereditate filii ex constitutione Impp. L. 2. §. *divus, sup. Qui pet. tut.* quam junge cum L. 2. §. *si mater, sup. ad Senat. Tertull.* Contigit ut plures tutores dati essent, ex quidam ex illis morerentur, mater in locum mortuorum alios non petiit, an excluditur hereditate filii? peccavit quidem in constitutionis verba, sed sententia excusatur; ratio enim quae excludit matrem ab hereditate, hic cessat: idcirco enim non admittitur ad hereditatem, quia relinquit liberos sine defensore; at in hac specie quamquam nonnulli ex tutoribus mortui sint, qui tamen sunt superstites possunt tutelam gerere. Aliud exemplum est eadem *L. ult. L. facta*, §. *ult. ad Senatuscons. Trebell. L. si quis id quod, de Jurisd. omni. jud.* Tit. *de legit. patr. tut. L. jurisg.* §. *pactorum, de pact.* Ubi observandum est genus loquendi esse inversum: vult dicere, pacta non minus aestimanda ex mente quam ex verbis. Junge *L. si poenam* 58. *de verb. obl. L. sponsio. C. h. t.* Sponsio † propric est quae fit per verbum 4 spondere; sed tamen sponsionis nomine non solum spondere intelligimus, sed et alia quaelibet verba, ut promitto. Nec obstat, quod promissio videtur non posse contineri verbo sponsionis, quia stipulatio, sive promissio fit ex interrogatione et responsione: at promissio est responsio tantum. Dicendum compendii gratia plerunque omitti mentionem interrogationis, quia ex voluntate stipulantium satis intelligitur; et quoties promissionis mentio fit, intelligimus promissionem idoneam et justam, quae interrogatione praecedente facta sit. §. *si ita simpliciter, de inutil. stipulat.* §. *ultim. de fidejussor. L. sciendum*, 30. *de verbor. obligation. L. si quis*, §. *dictum, supra de aedilit. edict.* Interdum etiam sponsio dicitur, cum pignore

depo[s]ito aliqui inter se contendunt ea lege, ut victor pignus auferat; talis fuit aponsio Cleopatris et M. Antonii. Plutarch. *in vita Marc. Anton.* Hujus meminerunt Jurisconsulti, *L. penult. supra, de alea lusu. et aleat. et L. si rem, §. ultim. infra, de præscrip. verbor.*

Ad L. *Verbum.* 8.

Idem *libro. III.* ad Edictum.

Verbum *oportebit*, tam præsens quam futurum tempus significat.

SUMMARIA.

1. *Species hujus L.*
2. *Verbum* oportebit *tam præsens quam futurum complectitur.*
3. *Verbum* oportet *præsens tantum complectitur non futurum.*
4. *Verbum* oportere *non ad facultatem judicis, sed ad rei veritatem refertur*, et n. 6.
5. *Solemnis formula*, ajo te mihi dare oportere.

1 Exemplum † erit; quidqnid te mihi dare
facere oportebit nisi dederis fecerisve, mille
aureos te daturum spondes? Ante hanc sti-
pulationem contractam promiseras ædificare
insulam. Quæritur si non ædificaveris, an
pœnam comprehensam stipulatione debeas?
Movet, quod stipulatio illa pœnalis concepta
est per verbum futuri temporis, proinde non
videtur pertinere ad obligationem ante con-
2 tractam; Respondetur tamen † verbum *opor-
tere* tam præsens quam futurum complecti.
Itaque cum tempore stipulationis debet insu-
lam ædificare, nisi ædificaveris pœnam quoque
3 debes. Non idem † fit contra: idest, verbum
oportet non significat futurum, sed tantum
præsens *L. cum stipulamur, de verb. obl. L.
si a colono, eod.* quam conjunge eum *L. ei
cui, de lib. leg.* Eodem pertinet *L. si scripsis-
set, supra, de leg. 2. et L. et uno,* 18. *supra
4 de acceptil.* Sane † verbum *oportere* ita est
accipiendum ut non referatur ad facultatem
judicis, sed ad veritatem. *L. verbum oportere,*
37. *infr.* quam conjunge eum *L. alias, supra,
de in lit. jur.* Ex qua conjunctione apparet
disputatum fuisse in tractatu de in litem ju-
rando de significatione verbi *oportere*, quod
5 etiam confirmat † solemnis illa formula in
omnibus actionibus in personam: ajo te
mihi dare oportere; cujus meminit Valer.
Prob. *in Lib. de not. antiq.* et Juriscons. *L. si
unus, supra de servit. rust. et L. non solum,
supra de lib. leg.* Atque eo magis quod eadem
formula usitata est in jurejurando, veluti te
mihi dare oportere juro *L. quod si, L. eum
qui, §. 1. L. ultim.* supra, *de jurejurand. L.
si deferente, supra quib. mod. pign. solu. L.
quoties,* 14. *de jurejur.* Quæ etiam ex eodem
libro sumpta est, quo hæc L. Aliquis † 6
ergo jurejurando sibi in litem delato jurave-
rat sibi dari oportere; non obstante ejus ju-
rejurando judex potest pluris vel minoris
condemnare *L.* '. *L. videamus, §. jurare,
et L. in actionibus, supra de in lit. jur.*
Ex quo dubitatio nascebatur, verbum *opor-
tere* referendum esse ad facultatem judicis,
qui potest pluris vel minoris condemnare.
Respondit Paulus esse referendum potius ad
veritatem, quod significat eum qui juravit
non spectasse facultatem judicis, qui potest
pluris vel minoris condemnare, sed quanti
revera sibi deberetur: itaque perjurum non
esse, etiamsi minoris condemnarit judex quam
jurarit.

Ad §. *ult.*

Actionis verbo non continetur exceptio.

SUMMARIA.

1. *Verbum actionis non comprehendit exceptionem.*
2. *Nisi in mixtis judiciis. Exponitur L. 1. D. de except.*
3. *Item in replicatione.*
4. *Contra, exceptionis nomine interdum comprehenditur actio.*

1 Verbum † actionis non comprehendit exceptionem. Nam exceptio est actionis exclusio. *L. 2. supr. de exception.* Et exceptio competit defensori, qua se tuetur: actio competit actori, ut ea oppugnet. Nec † obstat, *L. 1.*
2 *supra de exception.* quod enim dicitur generaliter in ea L. eum, qui agit excipere, referendum est ad casum singularem, videlicet ad mista judicia, id est familiæ herciscundæ, communi dividundo, etc. in quibus idem actor est et reus: proinde is qui agit, excipit, et contra *L. 1. et L. inter coheredes §. qui familiæ supra. fam. herc.* Ita autem restringendum esse ostendit *L. actionis, 37. supra, de obl. et action.* in qua Jurisconsultus verbum actionis interpretans meminit mixtorum judiciorum; et conjungenda est ea *L. actionis cum L. 1. de except.* Alius † casus
3 est in quo actionis nomine continetur exceptio, videlicet, in replicatione. Nam actor adversus exceptionem rei opponit replicationem, et hæc replicatio, quamquam exceptio sit, proprie actionis tamen nomine continetur et ad eam juvandam pertinet, *titul. de except. Institutio.* Interdum quoque dicitur, ei cui actio tribuitur, multo magis tribuendam esse exceptionem *L. 1. §. is autem, supra de superficieb. L. invitus, infra, de R. Jur.* Sed hoc per interpretationem receptum est; quia æquum est ut is, cui tribuitur, quod plus est, habeat quoque quod est minus. Contra † 4
autem exceptionis nomine interdum continetur actio, ut in compensatione: nam ea opposita, quæ exceptio tantum est, actio videtur proposita, *L. amplius, in fin. supra, rem rat. hab.*

Ad L. *Marcellus.* 9.

Ulpianus *libro V.* ad Edictum.

Marcellus apud Julianum notat, verbo *periisse*, et scissum et fractum contineri, et vi raptum.

SUMMARIUM.

1. *Hæc L. conjungenda cum L. sed de damno* 41. D. locat. *Unaque ex altera lucem accipit.*

1 Conjunge † *L. sed de damno, 41. supra, locati* cum *L. Marcellus, 9. infra h. t.* quia utroque loco mentio fit rei quæ periit, et Marcelli notantis ad Julianum. Ex qua conjunctione ita interpretare illam legem: exempli caussa, verbo *periisse* non solum scissum et fractum contineri, sed etiam direptum? quidquid enim horum factum sit, res periit, et domino abest, jam enim ea uti non potest. Itaque si quis tenebitur ob rem quæ periit, tenebitur si res fuerit scissa, fracta vel direpta: tenetur autem is qui damnum dedit injuria *l. si servus, §. si quis de manu, supra, ad leg. Aquil. L. sed de damno, supra locati.* Tenetur quoque conductor rei, etiamsi alius damnum dederit, ut si custodire rem potuerit: ita ut alius damnum non daret, et id non fecerit, *d. L. sed de damno, cum L. qui mercedem, locati.*

Ad L. *Creditores.* 10.

Idem *libro VI.* ad Edictum.

Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quacunque actione, vel persecutione, vel jure civili, sine ulla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario, vel exordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus: creditores accipiuntur.

Ad L. *Creditorum.* 11.

Cajus *libro.* 1. ad Edictum provinciale.

Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt sed omnes quibus ex qualibet caussa debetur.

Ad L. *Ut si cui.* 12.

Ulpianus *libro VI.* Ad Edictum.

Ut si qui ex empto, vel ex locato, vel ex alio ullo debetur. Sed et si ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco accipi. Quod si ex populari caussa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, post ea esse.

SUMMARIA.

1. *Debitores qui.*
2. *Actionis verbum aut generale est, aut speciale.*
3. *Generale quammulta contineat.*
4. *Speciale quomodo a persecutione differat.*
5. *Creditores qui et quot et quibus ex debendi caussis sint tales.*
6. *Creditum præcise mutuam pecuniam, sed et alios contractus latiore significatione complectitur.*
7. *Reus sua sponte sese pœnæ obligat.*
8. *Creditor non est ex delicto qui populari actione experitur.*
9. *Nisi tamen contestata lis fuerit: aut privati injuria delicto accesserit.*
10. *Nec ille creditor est cui debetur natura.*

1 Debitores † sunt qui debent ex quacunque
2 actione vel persecutione. Actionis † nomen
interdum generale est, interdum speciale.
3 Cum generale † est, complectitur actiones
in rem, personam, directas, utiles, præjudicia, prætorias stipulationes et interdicta. *L. actionis, de obligat. et action. L. actionis* 34.
4 *hoc tit.* Interdum autem † est speciale et differt a petitione, quod petitio sit in rem, actio vero in personam, *d. L. actio. supra, de obligat. L. bonorum, hoc tit.* Differt quoque a persecutione et ab ea distinguitur, *h. l.* actio enim proprie in personam est, persecutio vero in rem, vel in personam rei consequendæ gratia *d. l. actio.* Item actio ordinaria est, persecutio extraordinaria, *d. §. actionis, L. pecuniæ.* Cum videlicet persequimur ea quæ non habent juris ordinarii executionem, puta, fideicommissa, quæ jure extraordinario apud prætorem Romæ, apud præsidem in provinciis petebantur, hodie per actionem petuntur. Ulpianus Titulo *de*

fideicommiss. L. litis. de action. empt. L. si non, de hered. institution. L. quæsitum. §. pænultim. de leg. 3. *L. si quis, de usufructu legat.* Persecutio quoque distinguitur ab actione in *L. et uno de acceptilat. et L. procurator. Rem rat. haberi.* Creditores † quoque sunt quibus debetur jure civili, ut ex stipulatione, literarum obligatione, emphyteusi. Quod ita intelligitur, nisi perpetua exceptio objici possit, ut exceptio rei judicatæ, doli mali, et pacti. *L. perpetuâ,* 3 *de exception. L. is cui, de obligat. et act. L. et obligantur, §. servus, de dolo.* Spectamus enim magis rem ipsam, quam jus: nam quod jure ipso quidem sunt creditores, revera tamen non sunt, quia ab invitis debitoribus exigere non possunt. *L. debitor. hoc tit. et L. creditor autem,* 55. *hoc tit.* Aliud dicendum est, si exceptio est temporaria: hoc enim casu hi creditores similes sunt creditoribus conditionalibus *d. L. creditor autem:* quia tempore elapso, intra quod objici potest exceptio, perire possunt. Creditores quoque sunt quibus debetur jure honorario, id est, obligatione aliqua, jure prætorio introducta, ut, de constituta pecunia, de peculio, de in rem verso, *§. in personam, et sequent. de actionib.* Creditores sunt quoque, quibus debetur jure extraordinario, cum videlicet deficit actio et formula ordinaria, propter æquitatem tamen prætor vel præses jure Magistratus actionem accomodat: puta, filiofamilias qui viaticum suum mutuo dedit. *L. filiusfamilias, si cert. petat.* Item cui debetur salarium ex militia, *L. creditor. L. inter de action. empt.* Denique cui debetur merces et honorarium ex professione liberalium studiorum, vel advocatione, *L. 1. de Extraordinar. cognition.*

Item creditores sunt quibus debetur pure, hoc est, sine die vel conditione, vel in diem vel sub conditione: pendente enim conditione vel die sunt creditores. *§. ex conditionali, de verb. oblig.* Et proinde vocantur conditionales creditores: *leg. conditionales h. t.* Diversa est caussa eorum quibus debetur legatum in diem vel sub conditione: hi enim pendante die vel conditione non sunt creditores *L. in fraud. Supra qui et a quib. manum.* Item creditores sunt non solum quibus debetur ex contractu mutui, sed etiam ex quocunque alio contractu, puta, locatione emptione, etc. Creditum † quidem significat mutuam pecuniam, sed tamen generaliter quoque ad alios contractus refertur *L. seq. h. t.* in *qua L.* hæc verba, *ex alia caussa,* possunt referri ad delictum. Sed tamen quia in *L.* 12. *tabul.* mentio fit delicti, malim referri ad quasi contractus, ut retulit I. C. Supra, *de Obl. et action.* Denique creditores sunt quibus debetur ex delicto *L.* 12. Movebat dubitationem, quod creditores nihil videbantur gessisse cum delinquente, nec fidem ejus esse secuti. Sed contra consideratum est † delinquentem sua sponte obligationem suscepisse, sese pœnæ obligasse. Itaque tametsi defuerit voluntas contrahendi cum illo, potuit tamen se obligare qui deliquit, quemadmodum is qui obligatur ex quasi contractu. Excipe † eum qui populari actione experiri potest: datur enim hæc actio cuivis ex populo, et ex delicto nascitur. Non est tamen creditor, qui ea agere potest, nemo enim locupletior est ex populari actione *L. pen. de popul. action.* Et proinde non potest accipi fidejussor in populari actione, qui tamen in actione furti aut damni injuria accipitur *L. si quis de Fidejussor.* Nisi † forte lis contestata fuerit *h. l.* Aut etiam nisi delictum ita sit admissum, ex quo popularis actio nascatur, ut privatim aliquis læsus sit. Hoc enim casu, cui privatim injuria facta est, ut si forte sepulcrum ejus violatum sit, creditor est etiam ante litem contestatam. Ex quo fit ut procuratorem dare possit *L. licet, de Procurat.* Et nemo alius admittatur ad hanc actionem si ipse agere velit *L.* 3. *de sepulch. viol.* Creditores ergo non sunt quibus debetur ex populari actione. Nec † etiam quibus debetur natura 10
L. 10. h. t. Movebat quod actiones naturales habent multa ex materia aliarum obligationum: nam solutum repeti non potest, item naturali obligationi accedere potest fidejussor. Denique novari potest *L. 1. de novation.* Sed tamen quia æquitate sola nititur, nec petitionem habet, non potest dici creditor, et sane qui ex ea debet, vocat improprie creditor *d. L. fidejus. §. fidejus. Oblig. de fidejussor.* ideo quia ab eo invito exigi non potest *L. debitor. infra h. t.* Hic autem est usus hujus significationis, ut sciamus qui sint creditores, quando in possessionem sunt mittendi.

Ad §. *Minus*:

Minus solvit, qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur.

SUMMARIA.

1. *Quomodo* minus *solvere aliquis intelligatur.*
2. *Minus aliquis solvisse dicitur, cum quod est reliquum exigi ob eo potest.*
3. *Etiamsi propterea ad id exigendum actio non competat, sed retentio.*
4. *Minus solutum intelligitur interdum, etiam si nihil solutum sit.*
5. *Stipulatio, amplius non peti, et cum creditore potest interponi, et cum eo etiam, cui debetur nihil.*

Item in §. *plus, Instit. de action.* ratio sumenda est ex §. *item si ille, Inst. de Fidejuss.*
1 Minus † solvitur non solum propter quantitatem, sed etiam propter diem: quemadmodum enim qui 50. debet et 25. solvat, minus solvere intelligitur, ita etiam, qui Calend. Januarii debet, si solvat Calend. Maji minus solvit, aufert enim creditori utilitatem et facultatem negotiandi medio tempore. Itaque recte Callistratus: solidum non solvitur non minus qualitate quam dic. *L. solidum, de solut.*. Usus hujus significationis in hoc exemplo: fidejussores non possunt plus debere, quam principales debitores. Si ergo principalis debitor promiserat se soluturum Cal. Jan. recte promittet idem fidejussor Cal. Maji, quia propter tempus adjectum minus obligatur. Item, aliquis publicam aliquam functionem vel tributum tardius solvit, quam debuerit, idque 40. annorum spacio, minus solvit; quæritur num idcirco deinceps quoque minus solvere possit, idest, tardius. Rescriptum est non posse, quia præscriptio nulla fisco opponitur *L. competit. C. de præscript. 30. ann.* Item, Maritus tenetur uxori quantum facere potest, si ergo minus possit, et minus solverit, cavet se reliquum soluturum, cum ad meliorem fortunam pervenerit *L. unica. §. cum autem. C. de rei uxor. action.* Itaque si maritus tardius solvit minus solvit, et ex eo debet usuras. Est enim hic contractus bonæ fidei ex constitut. Justinian. §. *fuerat. Inst. de action. L. mora. §. in bonæ fidei. de usur.* Proinde cautionem præstare debet maritus
2 usurarum numine. Ita autem intelligimus † aliquem minus solvisse, si quod minus est, ab eo exigi potuit; non enim minus solvit, in quem majoris summæ actio non competit *L. non potest, inf. h. t.* Nam qui nihil debet, non potes videri minus solvisse. Is autem quem cogere non possumus ad solvendum, nihil debet *L. debitor, infra h. t.* Itaque minus non solvit. Habemus exemplum ex *L. ult. sup. de eo quod cert. lo.* fidejussor in actione arbitraria non debet quod propter moram ex sententiam judicis accedere obligationi potest. Itaque si principalis debitor sortem solverit, quamquam accessionum quoque nomine teneatur, fidejussor tamen non tenebitur, nec poterit videri minus solvisse, si sortem solverit, quia nulla actio datur adversus eum ad consequendas acessiones. Aliud exemplum in *L. 4. C. depos.* deposueram apud te 100, usus es ea pecunia, proinde usuras ejus summæ debes, ago tecum actione depositi: contigit ut condemneris tantum in sortem, non in usuras. Si sortem solveris, non potes videri minus solvisse: quamquam enim debeas usuras, quia tamen nulla superest actio ad eas petendas, non potes videri minus solvisse: non possunt enim peti hæ usuræ nisi actione deposit. qua jam actum est. Itaque si rursus agatur, opponetur exceptio rei judicatæ. Ex quibus apparet minus solvi, si competat actio ad petendum
quod est reliquum. Addo minus etiam † 3
solvi, si non competat actio, sed tantum retentio. In contrahenda pignoris obligatione convenit nudo pacto, ut usuræ deberentur nulla interposita stipulatione. Itaque nulla actio competit ad eas petendas. Offerro tibi deinde sortem et repeto pignus: non vis reddere, adjicis me minus solvere, quia usuras non præstem. Rescriptum est, quia jus est tibi retinendi pignus quoad usuræ solvantur, me videri minus solvisse *L. per retentionem. L. pignoribus, C. de usur.* Interdum
vero † minus significat nihil *L. minus, 53. h. t.* 4
Minus enim solotum intelligitur etiamsi nihil solutum sit. Eadem significatio et exemplum est in *L. 7. §. minus, supra. de tribut. action.* Si dominus nihil tribuerit, minus tribuere videtur. Item in *L. si ita a te, 150 h. t.* Titius debet mihi 100. stipulor

a Mævio: quanto minus a Titio consecutus
fuero, tantum dare spondes? contigit ut nihil
potuerim consequi a Titio, quæritur an
Mævius teneatur? non videtur, quia promi-
sit sob conditione *L.* 10. *supra. de verb. obl.*
L. si 10. *supra. de solution*, Significat enim
stipulatio, si quid a Titio consecutus fuero,
sed non totum; deficit autem hæc conditio,
quia nihil omnino consecutus sum; idque
verum est si proprietatem verbi spectes: sed
tamen quia minus usurpatur pro nihil, non
est dubium quin teneatur Mævias in totum,
quod Titius debuit. Eadem est significatio
et idem exemplum *d. L. si decem*, *L. amissi*
supra. de fidejussor. et *L. ult. supra. si cert.*
5 *pet.* Denique in *L. verbum amplius* † 82. *h.*
t. quam conjunge cum *L. amplius sup. rem*
ratam hab. possumus stipulari a creditore aut
ejus procuratore amplius non peti: idem quo-
que possumus ab eo, qui creditor non est, et
cui nihil debetur. Et hæc stipulatio adversus
eum committitur, quamquam revera petitio
ejus inanis sit, eum ei nihil debeatur, et
hoc fit, quia verbum amplius usurpatur pro
nihil; quemadmodum et verbum minus in
h. L. qua ratione autem committatur hæc
stipulatio amplius non peti, intelligitur ex
d. L. ampl. et *L. procurator sup. rem ratam*
haberi. Huc etiam *L.* 1. §. *hæc verba. Si cui*
plus quam per L. Falcid. græce tribus ver-
bis dicunt: ὅλως, τὸ τῃαντελῶς καί τὸ
βραδέως.

Ad L. *Mulieris.* 13.

Idem *libro. VI.* ad Edictum.

Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur.

SUMMARIA.

1. *Mulieris appellatione omnes muliebris sexus contineri*, et n. 3.
2. *Sed tamen interdum vocis ea significatio contrahitur ad mulierem quæ virum sit experta.*
4. *Hac autem L. superior mulieris appellatio ad virginem contrahitur, quæ viripotens vocatur.*

1 Mulieris † nomine comprehenduntur om-
nes quæ sunt muliebris sexus. Interdum
2 restringitur † ad mulierem quæ virum experta
est, ut apophtegma Cicer. cum illi objiceretur
quod sexagenarius virginem duceret, respon-
dit, cras mulierem reddam. Ita accipitur in
L. alioqui. 11. *supra. de contrah. empt. L.*
ex empto. §. *si quis. sup. de act. empt.* quæ
leges ita conciliandæ sunt, ut quod dicitur
d. L. alioqui emptionem valere mulieris quam
emptor existimabat virginem, verum sit sum-
mo jure: sed tamen temperandum ex æquo
et bono *d.* §. *si quis.* ut actio detur ad resol-
vendam hanc emptionem, quæ summo jure
valet. Multum enim interest an mulier cor-
rupta ematur, an vero virgo intacta. Ita
etiam accipitur in *L. si collucianeus, supra*
3 *de manum. vindict.* Sed generalis † significa-
tio mulieris est. ut ejus nomine infans virgo,
et quævis puella contineatur, unde factum
est, ut muliebri veste legata etiam infantilis
vestis, puellarum etc. legetur *L. argento*, §.
muliebri de aur. et argent. legat. Hujus si-
gnificationis hanc rationem reddit Tertullian.
in lib. de veland. virginib. quod ex Paulo *ad*
Galat. misit *Deus filium suum factum ex*
muliere, Et item *benedicta tu inter mulieres:*
Sic Servius in 2. *Æneid.* usus obtinuit ut
nuptas virgines nuptas mulieres vocemus.
Denique etimologia mulieris a mollitie, ut
Varro tradit, non minus convenit virginibus
quam mulieribus. Hæc tamen † significatio 4
hoc loco contrahitur. ut virgo viripotens
contineatur. Sic etiam in *L. quæritur*, §.
mulierem de Ædilit. edict. Quo loco obser-
vandum est mulierem accipi et pro virgine
viripotente et muliere corrupta. Usus hujus
significationis est in hoc exemplo; vendidit
aliquis mulierem, tradidit virginem viripo-
tentem, quæritur num satisfecerit? Respon-
detur ita. Huc *L. in eo* §. *ult. de Reg. Jur.*
mulieribus subveniendum est ut defendan-
tur, non ut calumnientur; ergo et virginibus
viripotentibus eadem de caussa succurretur.
Huc *L. servus de legat.* 3. mulieres legatæ
sunt, heres nolebat tradere virgines quæ erant
in familia, sed cogetur.

Ad §. 1.

Res abesse videntur, ut Sabinus ait, et Pedius probat, etiam hæ quarum corpus manet, forma mutata est. Et ideo si corruptæ redditæ sint, vel transfiguratæ, videri abesse: quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re.

Desinere autem abesse res tunc videtur, cum sic redit in potestatem, ne amittere ejus possessionem possimus.

Ob hoc quod furto pridem subtracta est. Abest et ea res, quæ in rebus humanis non est.

Ad L. *Labeo.* 14.

Paulus *libro VII.* ad Edictum.

Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddantur vel res corrupta reddita sit, veluti schyphi collisi, aut tabula rasa pictura, videri rem abesse: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. Item si dominus rem quæ furto sibi aberat, ignorans emerit: recte dicitur res abesse etiam si postea id ita esse scierit: quia videtur res ei abesse cui pretium abest.

SUMMARIA.

1. *Quot modis res abesse intelliguntur, et* n. 3. 5.
2. *Quando res in melius mutata dicatur abesse, aut secus.*
4. *Pretium quando succedat loco rei, aut secus.*
6. *Res abesse quando desinat, et quomodo.*
7. *Quibus in casibus dominus rei suæ possessionem amittat.*
8. *Cui res abest, actio competit ad rem petendum, et quæ.*
9. *Ad id petendum quod* abest *actiones locum habent in noxali judicio.*
10. *Item in aliis judiciis et quibus.*

1 Absunt † res quarum corpus manet integrum, forma vero est immutata. Itaque si corruptæ sunt, vel in aliam formam mutatæ, recte abesse dicuntur. Corruptæ, ut si vestimentum scissum sit, si scyphi collisi, si tabula, rasa pictura, *L. sequenti.* In aliam formam mutatæ, ut si tabula alia pictura depingatur. Hæc abesse dicuntur, quoniam plus est in manus pretio quam in re, manus artem significat. Virgil.

Artificumque manus inter se, operumque laborem
Miratur. . . . . . .

Solinus. *Ædes ea manum Dædali ostendebat.* Non est legendum hoc loco, *quamquam* pro *quoniam*. Nec hoc loco separanda sunt substantia et materia, quasi diversa sint; sunt eadem, ut *L. in venditionibus, §. inde quæritur, de contrah. empt.* ubi substantia et materia pro eodem ponuntur. Hinc quæritur † 2
si ex hujusmodi mutatione res sit facta pretiosior, an dicendum sit rem abesse? existimant nonnulli non abesse. Sed hoc refellitur, *L. ult. sup. de usu et habit.* ubi dicitur rem fieri deteriorem etiamsi in meliorem statum mutata sit. Distinguitur ergo; vel res facta est pretiosior, sed domino inutilior, tunc dicetur abesse. *d. L. ult.* vel propter mutatam formam utilior facta est et melior etiam: hoc casu non potest videri abesse; verum tamen qui fecit expensas in eam rem ut forma ejus immutaretur, siqui-

dem sciebat rem alienam esse, non conse-
quetur eas, Arg. §. *si quis in aliena, de rer.*
3 *div.* Res † quoque abest, quæ in rebus
humanis esse desiit *h. L.* §. *ult.* quam IC.
deperditam vocat, quod in rerum natura
non sit, *L. deperditum, supra petit. hered.*
Item res abest que furto subtracta est, *L.*
seq. L. si dominium, sup. de furt. Martial.

. . . Lis est mihi de tribus capellis
Vicini queror has abesse furto.

Et Quintil. *declamat.* 13. *Age si mihi al-*
vei furto abessent, etc. Sic *L. in eum.* 18.
C. de furt. et serv. corrupt. Quod adeo ve-
rum est, ut si ipse dominus emerit rem sibi
subtractam modo ignorans, tametsi post re-
sciverit eam fuisse suam, tamen recte res
abesse dicatur, pretium enim solvit; cui autem
pretium abest, ei res abesse dicitur. *L. si*
servus 21. *supra, de eviction.* ubi corpus sive
rem, et pecuniam sive pretium abesse pro
eodem usurpantur, et *L. plane* 34. §. *quod*
si rem, de legat. 1. Additum est hoc loco
ignorans, non quod emptio rei suæ valeat
a sciente contracta videlicet, sed quod si
sciens emisset, videretur donasse pretium,
nec ei abesse; cum vero ignorans emit, abest
pretium et id repetere potest *L. suæ rei, sup.*
4 *de contr. empt.* Hinc † quæritur an pretium
generaliter succedat loco rei? recte videntur
distinxisse interpretes. Censuerunt succedere
in universalibus *L. imperator*, §. *ult. de*
legat. 2. ut in hereditate, dote *L. si et rem,*
sup. de petit. hered. L. res in dotem sup. de
jure dot. In particularibus non item *L. ven-*
ditor, 21. *supr. de hered. vend.* nisi cum ali-
quo agatur ex eo, quod sit locupletior non
minus enim quis locupletatur pretio quam re:
et proinde pretium succedit in locum rei *L. si*
ipsa, sup. quod metus caus. Item nisi agatur
contra eum qui hoc agere debuit. ut actor rem
haberet sine alicujus pretii solutione. Nam si
id non fecerit, restituet pretium quod actori
abest: ejusmodi est heres. *L. plane*, §. *quod*
si rem de legat. 1. *et fur. in h. L.* Abest
5 † quoque quod in sua specie non permansit
L. Seio, sup. de aur. et arg. leg. Abest res
consacrata aut publicata, videtur enim in-
teriisse *L. verum*, §. *ult. pro socio.* Abest id
in quo obligati sumus *L. si quis*, 28. *de*
neg. gest. Abest pecunia fidejussori, si de-
legaverit creditori debitor, etiamsi qui sol-
vendo non sit *L. inter causas*, §. *obesse,*
sup. mandati. Abest quoque pecunia marita
qui onera matrimonii sustinet non accepta
dote *L. Julianus*, 47. *supr. mandati* Abest
denique quod quis expendit *L.* 28. *sup. so-*
lut. matrim. Contra † res abesse, desinit cum 6
sic rediit in potestatem, ne amittere ejus pos-
sessionem possimus *h. L.* et *L. mulieris.*
Lex Atinia voluit rei furtivæ æternam esse
auctoritatem Gell. *Lib.* 17. *C.* 7. Cic. 3. *in*
Verrem. L. 4. et *L. non solum, de usucapion.*
Itaque usucapi non potest. et quoties redie-
rit in potestatem domini, ab eo usucapi
poterit, sublato vitio rei furtivæ *d. L.* 4. Sed
ut redierit in potestatem domini, et ut pro-
cedat usucapio, aliquot sunt necessaria; ut
dominus sciverit rem sibi fuisse subtractam
L. qui fundum, §. *pen. pro empt.* Deinde ut
sciverit eam rediisse ut suam *L. si ad do*
minum, L. inter. inf. de furt. d. L. 4. §. *tunc*
in potestatem: deinde necesse est ne amittere
ejus possessionem possit *d.* §. *tunc in pote-*
state, L. non videtur, supra, de acquir. poss.
Ex quibus quæstio † nascitur, quomodo fieri 7
possit ut dominus amittat possessionem, a
quo æquissimum est eam retineri? Respon-
detur, duobus casibus eam amittere. Primus
est, si rem suam vi occupavit, priusquam
enim de proprietate agatur, contenditur de
possessione, et qui abstulit possessionem,
restituere cogitur *d. L.* 4. §. *si dominus. L.*
si quis. C. ad L. Jul. de vi publ. Secundus
casus est, si fur rem furtivam bona fide
tradiderit alicui et dominus ei abstulerit,
restituere enim cogetur possessionem *L.* 1.
in fin. et L. 2. *sup. de condict. triticar.* Usus
hujus significationis ex eo † apparet, quod 8
cui res abest, ei actio competit ad rem pe-
tendam cum hac distinctione: in bonæ fidei
judiciis prima actio competit *L.* 3. §. *red-*
dita. Commodat. idem est in actiona ex te-
stamento quæ comparantur bonæ fidei judi-
cio *L. Mævius*, 66. §. *in fundo, sup. de legat.*
2. In strictis vero agitur in id quod inte-
rest, actione de dolo *L. et eleganter*, §. *non*
solum de dolo. Habent ergo † locum hæ 9
actiones in noxali judicio cum servus dam-
num dedit, puta, rem corrupit, aut furtum
fecit, res abest. Itaque hujus rei nomine
noxali judicio agitur. Et hæc ratio ostendit
disputatum fuisse, de significatione verbi
abest, in disputatione de noxali caussa, quod
etiam confirmat *lex* 1. *et lex* 2. *supra et ex*
noxal. caus. ag. L. 1. *de eo per quem fact.*
erit etc. Et. L. bona, sup. de noxal. action.
quarum inscriptio eadem est. Habet † etiam 10
locum in judicio ad exhibendum cum de-
terior res est exhibita *L. Julianus.* §. *si quis*
rem, supra ad exhibend. Item in deposito,
cum res deterior est reddita. *L.* 1. §. *si res*
supra deposito. Item in stipulatione; cum
homo promissus vulneratus offertur *L. quis*
sibi. 33. *supra, de solut* et exempla sunt *d.*

L. et eleganter §. *non solum. supra de dolo*, cum servus promissus traditur, sed veneno prius dato, aut cum traditur fundus sed imposita servitute, vel dirutis ædificiis, aut extirpatis arboribus. Denique locum habet in actione commodati, si res commodata deterior, videtur enim abesse, et proinde rursus petitur, *d. L.* 3. §. *reddita. supra commodat.* quam junge cum *L. etiam*, 27. *supra de solution.* Hoc ergo casu et superioribus omnibus, quibus res abesse judicatur, semper recte res petitur.

Ad §. *ult.*

Rem amisisse videtur, qui adversus nullum ejus persequendæ actiones habet.

SUMMARIUM.

1. §. *Hic cum L.* 5. de in integr. restitut. *coniungi debet; inde species et ratio utriusque explicatior.*

1 Coniunge † cum *L.* 3. *de restit. in integr.* Altera alterius rationem continet: aliquis calliditate vel metu incidit in captionem, et re sua excidit, num exclusus re omnino videtur? Non, nam Prætor pollicetur actionem rescissoriam: Id enim apud se habere quis videtur, cujus habet actionem. *L. id apud infra h. t.* confirmat *L. is qui* 15. *de reg. jur.* Ex his ergo recte sequitur, ut si quis nec rem habeat, nec actionem ad persequendam, amisisse eam videatur. *h.* §. *ult.* quod confirmatur argumento creditorum. Creditores non sunt, si nulla eis actio competat. *L. creditores, supra.*

Ad L. *Bona civitatis.* 15.

Ulpianus *libro X.* ad Edictum.

Bona civitatis abusive publica dicta sunt Sola enim ea publica sunt, quæ populi Romani sunt.

SUMMARIA.

1. *Publica populi romani in duplici genere.* L. 4. D. de contr. empt. *conciliatur cum* L. pacta conventa §. ult. D. eod.
2. *Publicani unde dicti.*
3. *Publicum simpliciter quid significet.*
4. *Publica vectigalia quæ.* L. 17. §. 1. D. h. t. *illustrata.*
5. *Publica abusive dici quæ sunt civitatum.*
6. *Municipia et civitates loco privatorum haberi; exponitur.* L. 4. §. ult. D. ad L. Juliam pecul. *et* n. 7.

Publica vocantur quorum usus in commune expositus est, et omnibus patet *L. in tantum. de rer. divis. L. ergo* 30. §. 1. *de*
2 *adquir. rer. dom.* Publica † proprie dicuntur, quæ sunt populi Romani, *h. L.* Ea sunt duorum generum, aut in usu populi Romani, aut in pecunia sive patrimonio: *h. usucapionem. sup. de usucapion. L. quod in littore, sup. de adq. dom. L. pacta conventa*, §. *ult. de contrah. empt.* Ex qua distinctione conciliabitur *L.* 4. *de contrah. empt. cum d. leg. pacta conventa.* Quod enim dicitur *L.* 4. publica non posse vendi, referendum est ad ea quæ sunt in usu populi. Nam quæ sunt in patrimonio populi vendi possunt, sic est, *L. pacta conventa.* Et eorum commercium permissum est propter utilitatem rei publicæ. Huc *L. eum qui, inf. eod:* publici appellationem in compluribus caussis ad populum Romanum respicere, ait *compluribus*, propter civitates, ad quas respicit jus publicum in aliquibus caussis. Ex

2 hac significatione † impositum est nomen
publicanis: vocantur enim quod vectigalia
populi Romani conducta habeant *L. eum*
qui h. t. L. 1. *in fi. et L. quanto in fi. sup.*
3 *de publican.* Publicum † enim simpliciter
vectigal significat *d. L.* 1. *L. ut conductione*
33; *pro soc.* Cicer. in *Oration. de provinc.*
et consular. An *qui frui publico non potuit*
etc. in Epistola 1. *ad* Quint. fratr. *Publicis*
male redemptis, hoc est, vectigalibus; et Horat.
1. *Epistol.* pars hominum gessit conducere
4 cere *pub'ica.* Nec obst. † *L. inter publica*
17. *in fin. inf. eod.* Quod illic dicitur vectigalia
publica esse ex quibus vectigal fiscus
capit, sciendum est potestate populi translata
in Principem, solitum fuisse principem
percipere reditus quos antea percipiebat populus,
et semper tamen rei mansisse nomen.
publicum, quia primo ita impositum est,
quemadmodum taberna, etiamsi ex tab. hodie
non fiat, tamen taberna vocatur. Denique
cum Princeps vel fiscus hos reditus percipit,
populus videtur percipere, quia princeps
successit in locum populi. Hujus generis
vectigalia sunt, rerum venalium, portuum,
metallorum, salinarum. *L. inter publica. C.*
5 *de metall. l. t. de public.* Publica † ergo non
sunt quæ sunt civitatum; unde I. C. ait bona
civitatis abusive publica dici *L. bona his.*
Sic et civitates loco privatorum haberi. *L. qui*
hic Ad ea referenda est *L. inter publica in pri.*
hic. Sic etiam bona publica et civitates separantur
in. *L. usucapionem. de usucapion.*
Sic etiam respublica separatur a civitate *L.*
sed et si §. *ultim. supra, ex quib. caus.*
majores. Itaque quoties bona civitatum appellantur
publica, aut civitas aliqua res
publica, id fit per abusionem nominis *L. ult.*
L. illud C. sacrosanct. Eccles. L. mancipia.
*C. de serv. fugitiv. L. respublica C. ex quibus
caus. major. L. abesse Supra ex quib.*
caus. major L. legatus L. sciendum L. qui
libera. Sup. de legation. L. 5. §. *idem ait*
Supra. Quod vi aut clam. L. qui sine, supra
de neg. gest. L. Titio supra, ad municip. Huc
L. bona L. inter, cum *L. sicut supra. Quod*
cujusque univers. cum L. 1. *Sup. de calumniat.
et L.* 1. *quod jussu. et L.* 4. *de vi et vi*
armat. et L. tum qui cum L. 1. *sup. quod*
cujusque univers. Quibus omnibus locis vel
nominatim mentio sit publicorum, vel tacite
cum videt, agitur de rebus municipiorum
sive civitatum, quæ bona publica abusive
dicuntur; quoniam † civitates loco priva- 6
torum habentur *L. nihil interest supr. de S.*
C. Maced. Aliud exemplum in *L.* 1. *in* §.
illud sciendum de Ædilit. edict. Si civitas
vendiderit equum morbosum: redhibetur
perinde ac si privatus vendidisset: secus si
fiscus. Aliud exemplum in *L. sed, et si* §.
ult. sup. ex quib. caus. major. Aliud in *L.*
ob pecuniam. sup. de furt. ut crimen peculatus
committatur oportet publicam pecuniam
esse subreptam. Quod si pecunia civitatis
subrepta sit, peculatus non est, sed furtum
tantum, quia civitas est loco privat. Nec † 7
obst. *L.* 4. *sup. ad L. Jul. pecul.* ubi si pecunia
civitati surripiatur, peculatus est. Dicendum
est, *d. L. ob pecuniam* tradi summum
jus ex propria natura et significatione
peculatus, hoc autem summum jus temperatum
est Principum constitutionibus ex
æquitate, et quod in pecunia populi Romani
tantum obtinebat ex vi verborum, productum
ad pecuniam civitatis ex æquo et bono
constitutionibus Principum; quod exprimitur
diserte *d. L.* 4. §. *ult.* et confirmatur exemplo
simili in *d. L. sed et si* §. *ult. supra ex*
quibus caus. majore ubi summo jure non
habetur pro absente reipubl. qui aberat pro
civitate, sed ex æquo et bono id temperatum
est. Itaque non est mutanda lectio *d.*
L. ob pecuniam, nec legendum, nec non, pro
non, ut putat *Alciatus libr. prima distinctione
cap.* 3.

Ad L. *Munus.* 18.

Paulus *libro IX.* ad Edictum.

Munus tribus modis dicitur: uno donum: et inde munera, dici dari, mittive. Altero, unus quod cum remittatur, vocationem militiæ munerisque præstat: inde immunitatem appellari. Tertio officium, unde munera militaria et quosdam milites munificos vocari. Igitur municipes dici, quod munera civilia capiant.

S U M M A R I A.

1. **Munus** *quot habeat significationes.*
2. *Municipes abusive qui.*

1 Munus † significat donum, unde lex muneralis dicta est, quæ vetabat ne cui ob caussam orandam pecuniam accipere liceret, meminit Tacit. *Lib.* 11. ubi pro Titia, legendum, Cincia, ab auctore Cincio. Festus. Differ tamen a dono, quo genus a specie. *L. inter donum, h. t.* Munus est donum cum caussa, ut natalitium quod die natali dabatur. Terent. *in Phormion.* Porro alio munere ferietur Geta ubi pepererit. Item nuptialitium, ita enim legendum est *d. L. inter donum,* vocatur etiam nuptiale *L.* 13. *de admin. tut.* Ex quibus efficitur donum sine caussa esse quod nulla necessitate juris, officii, sed sponte præstatur. Quod si præstetur plerumque laus est: sin minus, nulla reprehensio est, *L. munus.* 214. *h. t.* Obstat illa *L. inf.* non quodcumque munus est, idem donum dici; Ergo latius patet munus quam donum. Resp. munus generaliter accipi et specialiter. Generaliter significat onera, officia, largitiones, *h. L. et ita latius patet quam donum d. L. munus.* Cum autem specialiter, significat donum, quod ex necessitate officii vel caussa datur, et tunc sub dono comprehenditur his verbis, donum, munus. Operas solebant patroni imponere libertis suis, quas ab illis præstari volebant *leg. sæpe infra h. t. L. qui libertinus. L. Campanus. de Oper libert.* in *L. si libertinus,* pro doni, numeris, legendum donum munus. Hic error ex notis, *o. d. m.* natus est, quibus significatur operæ donum munus. Ex hoc intelligitur *L. sum in venditione, supra de contrah. empt. et L.* 8. §. 2. *supra de bon. lib.* Secundo munus est onus, quod cum remittitur, vocationem militiæ munerisque præstat. Unde immunitas appellatur, et immunis qui nullo fungitur onere. Ad hanc significationem pertinet *L. munus, infr.* Munus esse quod necessario obimus, lege, more, imperiove ejus qui jubendi potestatem habet. Hæc significatio confert ad divisionem munerum in *L. ultim.* §. *de mun.* in patrimonialia, personalia, mixta. Varro ait, *munus dictum est quod muniendi caussa imperatum est, qui enim imperat aliquod onus, imperat ut se muniat.* Hunc sequitur Agretius qui sic etiam distinguit, ut donum sit dantis, munus accipientis, quia qui accipit, sui muniendi caussa accipit. Tertio munus significat officium, ut munera militaria et milites munifici, quos Festus vocat munifices, et ait eos esse qui munus Reipublicæ faciebant, non autem vacabant, quod et Vegetius confirmat, et munifici qui munera dant, et officium quod debent, adimplent. Sic officia decurionum dicuntur munera et magistratuum municipalium, et municipes qui ea munera capiunt.

Huc Varro *Lib.* 5. *de ling. latin.* qui munus una fungi debent, in *L.* 1. *ad Municipal.* Municipes † idest, muneris participes 2
quod sint recepti in civitatem Romanam ut munera capiant, abusive suæ cujusque civitatis cives dicuntur, qui quidem fiunt municipes, manumissione, adoptione, nativitate *d. L.* 1. *L. municipes, h. t.* quæ sumpta est ex *Paul. lib. singul. de cognition.* Et cognitiones in 4. genera dividit, quarum unum est de muneribus gerendis *L. pen. supra de extraord. cognit.* Ex quo apparet hujus significationis usus, ut in cognitionibus intelligeretur qui munera capere possent, et qui essent municipes. Itaque ea *L. pertinet ad tit. ad Municipal.*

Ad L. *Labeo* 19.

Ulpianus *libro XI.* ad Edictum.

Labeo libro primo prætoris urbanis definit, quod quædam agantur, quædam gerantur, quædam contrahantur. Et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione. Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Græci, συνάλλαγμα vocant veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem societatem. Gestum, rem significare sine verbis factam.

SUMMARIA.

1. *Actus generale nomen quam vim habeat.*
2. *Contractus proprie quid.*
3. *Contractus latiori significatione acceptus quid sit.*
4. *Pactum legitimum non est contractus.*
5. *Nec item transactio.*
6. *Verbum facere quam late pateat, seu quam multa significet.*

1 Actus † generale est, et significat quemvis
contractum etiam qui verbis contrahitur ut
stipulatio; vel re, ut mutuum. Sic in L.
cum actum, de neg. gest. et L. notionem, infra
h. t. Interdum iunguntur actum et gestum
et utroque idem significatur *L. 1. supra de*
offic. procur. Cæsar. et L. 2. de cur. bon. dan.
Interdum quoque junguntur agi et fieri et
idem quoque utroque verbo significatur. L.
1. §. 1: *supra, quod cujusque univer.* Contra-
2 ctus † actus autem est ultro citroque obliga-
tio. Non obstat *L. si donationis, C. de Trans.*
ubi stipulatio contractus appellatur. Hic tra-
3 ditur propria significatio; Alia † impropria
et latior est, qua significatur omnis negotiatio
sive caussa ex qua obligatio nascitur. Sic et
stipulatio contractus dicitur. Item dotis datio
vocatur contractus *L. contractus infr. de reg.*
jur. Et arrarum datio *L. contractus. C. fid. in-*
4 *strument.* Pactum † legitimum contractus non
5 est, quia nulla negotiatio ei inest, idem de †
transactione quæ pactum est, non contractus.
Nec obst. d. L. contractus, C. de fide instrum.
ubi transactiones referuntur inter contractus:
ibi enim legendum est *transactiones* pro
transactionum. Verbum † facere late patet, 6
reddendi enim caussa continetur *L. reddendi,*
h. t. Hinc *L. 2. de fidejus. L. si in Asia,*
depositi. Fidejussor acceptus in caussam de-
positi non tenetur, nisi debitor principalis
dolo aliquid fecerit; ergo si debitor reddide-
rit rem deteriorem, idque dolo, tenetur fi-
dejussor. Hinc *L. facere, infra eod.* continet
etiam ne quis prohibeat id fieri quod se
facturum promisit, in qua dicitur aliquem
locasse opus faciendum: Denique *facere* com-
munem omnino caussam complectitur. dandi,
faciendi, ambulandi. *L. verbum facere, h. t.*
Facere etiam significat solvere, cum dicimus
aliquem conveniri, quatenus facere possit,
§. pen. de action. et L. sunt qui, supra, de re
judicat. Et eandem vim habet quam dare, cum
dicimus, jussus facere ut centum habeam, pe-
rinde est ac si jussus esset dare *L. si hered.*
73. de legat. 1.

FINIS.

ELENCHUS TITULORUM

DIG. QUOS

DONELLUS COMMENTARIIS ILLUSTRAVIT,

ET QUI HOC VOLUMINE CONTINENTUR.

ELENCHUS

EARUM LEGUM ET PARAGRAPHORUM

QUARUM SINGULÆ

SUIS IN HOC VOLUMINE

COMMENTARIIS ILLUSTRANTUR.

Ad Tit. D. De Rebus Dubiis. Col. 2

Ad Tit. D. de Re judic. et de effect. Sent. et de interloc. 120

Tit. D. De confessis.

Tit. De Verb. obligationib.